Digitized by Google

Decis. 2m Annalen

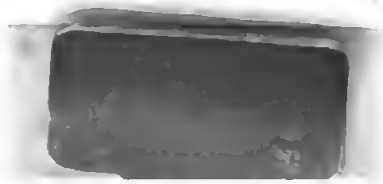
4°

<36630746570017

<36630746570017

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google



Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

J. B. Bekk,
Vicekanzler des Oberhofgerichts in Mannheim,

in Verbindung mit

den Hofgerichtsräthen: **Bayer** in Mannheim, **Zentner** in Freiburg, **A. Maier** in Konstanz, und Hofgerichts-Advokat **Sander** in Rastatt.

Elfter Jahrgang.

Karlsruhe, 1843.
Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.

Digitized by Google

Digitized by Google

[illegible]

Register

zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte von 1843.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Ablösung von Lasten, insbesondere der Faselviehlast. Ausmittlung des Ablösungskapitals. Kann der Berechtigte, der im ersten gerichtlichen Verfahren eine bestimmte Summe verlangte, später den durch Schätzung ermittelten höhern Betrag ansprechen? 161.

Abweisung mit einer Klage liefert noch keinen Beweis, daß das, was an der eingeklagten Forderung schon bezahlt ist, eine Nichtschuld sei. — 37.

Adhäsion. — 11.

Adzitation des Geschäftsführers. 311. — Ueber Auslegung des §. 118 der Proceßordnung. — 245.

Aemter. Deren Zuständigkeit in Strafsachen. 155.

Affekt, nicht durch grobe Beleidigungen des Getödteten veranlaßt, ist kein Milderungsgrund. 77.

Amtspraktikanten, deren Gebühren bei auswärtigen Geschäften. Ist eine Mehrforderung gerichtlich strafbar? — 221.

Anschließung an die Appellation. 11.

Anhänge und Vorstände im Hypothekenwesen des Kantons Zürich. 313.

Antretung des Bürgerrechts und Bürgerannahme, Rechtsfall. 253.

Anwälte, deren Verhältniß zu ihren Prokuratoren. 9. 59. 100. — Deren Unfähigkeit zu Abschließung eines Kaufs streitiger Rechte, die zum Erkenntniß des Gerichts gehören, in dessen Bezirk sie amtsberechtigt sind. 105, 175, 323. — Beschwerde der — wegen ungebührlicher Behandlung durch den Richter. 376.

Aphorismen aus dem Gebiete des gerichtlichen Strafverfahrens, insbesondere über die Zuständigkeit der Gerichte. 155. — Fortsetzung: Führung peinlicher Untersuchungen durch Rechtspraktikanten; — durch gemischte Kommissionen; — Voranzeigen; — öffentliche Verkündung von Strafurtheilen. — 365.

Appellation gegen Steuerexecution. — 12. — gegen ein Erkenntniß einer Verwaltungsbehörde in einer Justizsache. 69.

Aufnahme und Fortsetzung eines vom Verkäufer begonnenen Rechtsstreits durch seinen besondern Rechtsnachfolger. 105, 275, 323.

Bäche und Flüsse. Eigenthumsrecht daran. 369.

Bannrecht. Ein — welches auf allen Einwohnern einer Gemarkung lastet, kann gegen die Gemeinde klagend verfolgt werden. Ein Vertrag zwischen der früheren Herrschaft und einem Müller, wodurch diesem ein — verkauft wird, ist gegen die Gemeinde nicht verbindlich, wenn sie nicht mitgewirkt hat. Verjährung von Bannrechten. 261.

Bauedikt. Die Bestimmungen des Kirchenbauedikts von 1808 nur anwendbar auf wirkliche Gebäude nicht auf andere Anlagen. 309.

Baufakta. Was wirken — in Bezug auf die durch den Bauherrn dabei geleisteten Hand- und Fuhrdienste? 67. — in Bezug auf Anlagen auf einem Pfarrwiddumgute, z. B. auf einer Gartenanlage ꝛc. haben hinsichtlich der Wiedererbauung und Unterhaltung nicht die nämliche Wirkung, welche den Baufakten in Bezug auf Gebäude zukommt. 309.

Beholzungsrecht. Kann der Eigenthümer einer Waldung eine Beschränkung des — einer Gemeinde daraus ableiten, daß vor Einführung der neuen Gemeindegesetze das abgegebene Holz nur den Bauern und nicht den Taglöhnern zu Theil wurde? Ist das Maaß des Holzbezugs für bestimmt zu halten, wenn jedem Bauern eine gewisse Anzahl von Klaftern zugewiesen wurde? 216.

Beiladung zum Streit. 245.

Beschuldigungsproceß. Der — nach dem badischen Strafgesetze, dargestellt in einem Rechtsfall mit Rücksicht auf Annalen 1841. Nr. 7. — 169.

Besserungsversuche gegen Staatsdiener nach Maaßgabe der Staatsdienerpragmatik vom 20. Januar 1819. — 367.

Betrunkenheit. Einrede der — und Beweis derselben bei Abschließung von Verträgen. 191.

Beurkundung von Zustellungen. Was gehört zu deren Gültigkeit? 353.

Beweis im Criminalproceß. 45. — Der Einrede des Betrunkenseins bei Abschließung von Verträgen. 191.

Beweiskraft eines Geständnisses des Gemeinschuldners in einer Gant zu Gunsten seiner Ehefrau. 307. — Des Geständnisses des Ehemannes im Verfahren auf Vermögensabsonderung. L. R. S. 1443 ff. — 213.

Beweislast. Soll ein von einem Theilungskommissär verfertigtes öffentliches Testament deswegen umgestoßen werden, weil der Kommissär zur Aufnahme desselben vom Amtsrevisor keinen Auftrag hatte, so hat der Kläger den Abgang des Auftrags zu beweisen. 133. — In welchen Fällen hat man sich auf den 30jährigen Nichtgebrauch zu berufen, um sich gegen den Anspruch einer Dienstbarkeit zu schützen, und wie verhält sich's dabei mit der —? 163.

Bürgerannahme der Juden. 197. 235. — und Antretung des Bürgerrechts, insbesondere über die bürgerliche Annahme der vor Antretung des angebornen Bürgerrechts des Vaters gebornen Kinder. 253.

Bürgschaft. Deren Umfang. L. R. S. 2015, 2016. — 200.

Digitized by Google

Competenz s. Zuständigkeit.
Condictio indebiti kann nicht gegen den Cedenten, sondern gegen den Cessionar, der die unrichtige Forderung erhob, gerichtet werden. War der Empfänger nur Gewalthaber, so findet sie nicht gegen ihn statt. 37.
Criminalproceß. Ueber den Beweis im — 45.
Curiosa. 12. 268.

Diäten der Amtspraktikanten. Ist eine Mehrforderung gerichtlich strafbar? 221.
Dienstbarkeiten. Von den — welche das Wasser betreffen. 113. In welchen Fällen hat man sich auf 30jährigen Nichtgebrauch zu berufen, um sich gegen den Anspruch einer — zu schützen? Beweislast dabei. 163. Erwerbung der — durch Anerkenntniß des Eigenthümers des belasteten Grundstücks. Auslegung vom L. R. S. 695. — 367.
Dolus directus und *indirectus*. 77.
Duell. Urtheil in Untersuchungssachen gegen Moritz von Haber wegen Anstiftung des Pistolenduells zwischen Oberlieutenant von Göler und Küraſſierlieutenant von Werewkin, wegen Beihülfe zu demselben, und wegen intendirten Duells mit von Göler. 289.

Eheliche Vermögensverhältnisse. Kann die Ehefrau während der Gemeinschaft die ohne ihre Zustimmung geschehene Veräußerung ihrer Liegenschaft anfechten? — 185. Muß der Gläubiger einer in die Gemeinschaft gefallenen, von der Ehefrau in die — oder während der Ehe beigebrachten Schuld diese gegen den Ehemann einklagen? 383.
Ehrenkränkungen und Verläumdungen, insbesondere durch die Presse. Wer ist der zuständige Untersuchungsrichter? 99 und 189. Steht dem Ankläger in Ehrenkränkungssachen das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu? 6.
Eidesleistung durch Gewalthaber. 230.
Eideszuschiebung an den Geschäftsführer. 311.
Eigenthumsrecht an Sachen, insbesondere über das — an Flüssen und Bächen nach französischen und badischen Gesetzen. 369.
Einreden. Ueber den Begriff der — nach badischem Proceß. Ist die sogenannte Einrede des abweichenden Sachverhalts eine wahre Einrede, und wie ist sie bei der Proceßleitung zu behandeln? Proceßordnung §. 329. 362. — 385.
Endurtheil ohne Beweiserkenntniß. 11.
Erbbestand s. Erblehen.
Erblehen. Ist der Erbbeständer verbunden, die Einwilligung des Erbleheneigenthümers zu einer Veräußerung nachzusuchen? Unter welchen Voraussetzungen muß dieser einwilligen? Was hat im Fall eines hierüber entstehenden Streites der Erbbeständer, und was der Erbleheneigenthümer zu beweisen? 266.
Ernährungspflicht unehelicher Kinder s. uneheliche Kinder.

Faselviehlast. Ausmittlung des Ablösungskapitals. Kann der berechtigte, der im ersten gerichtlichen Verfahren eine bestimmte Summe verlangte, später den durch Schätzung ermittelten höhern Betrag ansprechen? 161.
Feld- und Gartendiebstähle deren Bestrafung. 6.
Flüsse und Bäche. Eigenthumsrecht an denselben. 369.
Forstgesetz. Vorschläge zur Abänderung mehrerer Bestimmungen des dritten Theils des — 21.
Fragerecht. Anwendung des richterlichen — 385.
Fristen. Beginnt die Frist zur Folgeleistung eines Versäumungserkenntnisses oder Urtheils erst nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist, resp. mit Eintritt der Rechtskraft oder mit dem Tag der Publikation? 269.
Frohndpflicht der Kirchspielsgemeinde zum Kirchenbau. 67. 101.

Gant. Ist ein Vergleich zwischen einem Gläubiger und dem Gläubigerausschusse oder dessen Mehrheit für die Gantmasse verpflichtend? 357.
Ganteröffnung. Kann der §. 815 der Proceßordnung auch auf die Fälle angewendet werden, in welchen der Schuldner dem Gläubiger keine Sicherungsmittel nachzuweisen vermag? 69.
Garten- und Felddiebstähle, deren Bestrafung. 6.
Gebühren der Amtspraktikanten für auswärtige Geschäfte. Ist eine Mehrforderung gerichtlich strafbar? 221.
Gelübdebruch. Ueber den —. Rechtssätze. 288.
Gemeinde. Die politische — bildet keinen Gegensatz zur Kirchspielsgemeinde. 101.
Gemeindebeschluß. Gültigkeit eines — 237.
Gemeinderath der politischen Gemeinde. Kann er die Kirchspielsgemeinde vertreten? 101.
Gemeindetage. Entwurf einer Verordnung über Abhaltung der — 293.
Gerichtsstände. Die peinlichen — 8. — Bei Ehrenkränkungen und Verläumdungen, insbesondere durch die Presse. 99. 189.
Geschäftsführer, dessen Zugeständniß für den Geschäftsherrn maaßgebend; dessen Adzitation; Eideszuschiebung an denselben. 311.
Geständniß des Ehemannes im Verfahren auf Vermögensabsonderung. Dessen Beweiskraft. 213. — des Gemeinschuldners zu Gunsten seiner Ehefrau. Beweiskraft. 307. — des Geschäftsführers, für den der Geschäftsherr haftet, ist für diesen maaßgebend. 311. — in Criminalsachen. Der Grundsatz der Untrennbarkeit des — ist im Allgemeinen nicht richtig. 77.
Gewalthaber. Eidesleistung durch denselben. 230. s. auch Geschäftsführer.
Grundbuch, kann der Verkäufer den Eintrag fordern? — 203.
Grunddienstbarkeiten Von den sogenannten — welche das Wasser betreffen. L. R. S. 640—645. — 113.

Handelsgeschäft. Eine gewöhnliche Ziegelbrennerei ist keine Fabrik, das Geschäft kein — 311.
Handelsrechtsatz 51. Ist die Bestimmung des — auch auf Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen anwendbar? 151.
Handgelübdebruch. Ueber —. Rechtssätze. 288.
Hauptreparationen. 67.
Hofgerichte. Deren Zuständigkeit in Straffachen. 155.

Digitized by Google

Interlocutoria mixta. Appellation dagegen sogleich zulässig. 7.
Juden. Ueber Bürgerannahme der — 197. 235.

Kaufvertrag. Ueber die Gültigkeit eines liegenschaftlichen — welcher vom im Bezirk der gelegenen Sache angestellten Richter, Anwalt ꝛc. abgeschlossen wurde, insbesondere über L. R. S. 1597. — 105, 275. 323.
Kinder, uneheliche. s. uneheliche Kinder.
Kirchenbauedikt. Ueber den §. 15 des — Rechtsfall. 101.
Kirchenbaupflicht. Ueber — und über die Wirksamkeit der Verträge gegen Dritte. 355.
Kirchenbauten. Hand- und Fuhrdienstpflicht der Kirchspielsgemeinde. 67. 101.
Kirchspielsgemeinde bildet keinen Gegensatz zur politischen Gemeinde. Braucht keine Staatsgenehmigung zu Führung von Processen, auch keine Mitwirkung des Kirchengemeinderaths. 101.
Klage des Zehutherrn gegen die Kirchspielsgemeinde auf Anerkennung ihrer Hand- und Fuhrdienstpflicht zu Kirchenbauten. 67. 101. — auf Theilung. Muß sie gegen alle Miteigenthümer angestellt werden? 275. — des Verkäufers einer Liegenschaft gegen den Käufer, denselben schuldig zu erklären, den Kauf in's Grundbuch eintragen zu lassen. 203. — auf ein Zehutrecht. Verschiedene Entscheidungen zweier ganz gleicher Rechtsstreite. 391.
Klagenhäufung, subjektive. 11.

Landrechtsätze: S. 340 a. — 343; S. 640 — 645, 113; S. 695 — 367; S. 706, 707, 2234, 2262 — 163; S. 918, 1079 — 19; S. 931 — 200; S. 1079 — 19; S. 1230 — 203, 260; S. 1443 ff. — 213; S. 1583, 1583 a. — 203; S. 1597 — 105, 275, 323; S. 1859, 1863 — 311; S. 2015, 2016 — 200; S. 2199 a. — 272; S. 2234, 2262, 706, 707 — 163.
Lehenserneuerung und Lehensmuthung nach badischen Gesetzen. 223.
Liegenschaften. Ist zu deren Erwerbung für Minderjährige obervormundschaftliche Genehmigung nöthig? 348.
Literatur: Roßhirt, das französische und badische Civilrecht. Heidelberg 1842. Rec. 13. Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 6te Ausgabe. Regensburg 1842 und 1843. Rec. 285. Mittermaier die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, geprüft nach den Forschungen der Wissenschaft und nach den Erfahrungen über den Werth neuer Gesetzgebungen und über die Schwierigkeiten der Codification, mit besonderer Rücksicht auf den Gang der Berathung von Entwürfen der Strafgesetzgebung in constitutionellen Staaten. 2ter Beitrag. Heidelberg 1843. Rec. 286.

Meineid, Rechtsfall. 382.
Minderjährige. Ist zur Erwerbung von Liegenschaften für — obervormundschaftliche Genehmigung nöthig? 348.
Mittermaier, s. Literatur.
Mord und Selbstmord, Rechtsfall. 209.

Nachlaßvergleich. Verliert der Gläubiger, welcher sich in der Gant seines Schuldners dem — der Creditorschaft anschließt, dadurch sein Recht gegen die sammtschuldnersche Ehefrau des Gantmannes? Lebt der durch einen solchen Vergleich getilgte Schuldbetrag durch eine bloße Schuld- und Zinsberechnung, die der Gantmann später mit seiner Ehefrau unterzeichnet, auch in Bezug auf ihn wieder auf? 183.
Nichtigkeit von Testamenten wegen Formfehlern. 133.
Nichtigkeiten im Strafverfahren. 193. 359.

Obergerichtliche Praxis. Verhältnisse der Anwälte zu ihren Procuratoren. 9, 59. 100.
Oberhofgericht, dessen Zuständigkeit in Straffachen. 55.
Obervormundschaftliche Genehmigung, ist sie nöthig zur Erwerbung von Liegenschaften für Minderjährige? 348.
Oeffentlichkeit des Strafverfahrens. 291.

Peinliche Gerichtsstände. 8.
Pfandgläubiger, deren Benachrichtigung von der Versteigerung des Pfandguts. 1.
Pfandrecht. Gibt der Eintrag eines Vollstreckungsbefehls auf Liegenschaften —? 56. 272. (s. auch Unterpfand).
Proceßleitung. Kann die — den Anwälten überlassen werden? 241.
Proceßordnung. §. 93, 250 — 11.; §. 118 — 245; §. 296 ff., 323 ff., 362 ff., 400 — 385; §. 378, 723 — 353; §. 400, 439 — 200; §. 616 — 192; §. 723 — 353; §. 815 — 69; §. 892 — 8; §. 1030 — 56, 272; §. 1166 — 12.
Proeuratoren, deren Verhältniß zu den Anwälten. 9, 59. 100.
Provinzialrechte. Muß der Richter die älteren — unseres Vaterlandes kennen? — Provinzialrecht der vormaligen Grafschaft Bonndorf. Enthält dasselbe eine allgemeine Gütergemeinschaft? Kann daraufhin bei einer jetzt ausbrechenden Gant die Ehefrau des Gemeinschuldners die Hälfte der am 31. Dezember 1811 vorhandenen gemeinschaftlichen Liegenschaften als Einbringen zurückfordern? 357.

Raub durch Entreissung von Urkunden. — 205.
Reassumtio litis. 105. 275. 323.
Rechtsgutachten in Sachen des Obergerichtsadvokaten Rindeschwender zu Rastatt als Miteigenthümer der Grundherrschaft Neuweiher, Kläger, Appellanten, gegen die Räthin Sophie Asmut geb. Freiin von Fechenbach-Sommeran in Baden, Beklagte, Appellatin, die Theilung der Grundherrschaft Neuweiher betreffend. 105, 275, 323.
Rechtskraft. Ueber die Natur und Grenzen einer rechtskräftigen Entscheidung. 105, 275, 323.
Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren. 137.
Rechtsnachtheile. Zur Lehre von den — 153.
Rechtspraktikanten, deren Diäten. 221. Führung peinlicher Untersuchungen durch — 365.
Retentionsrecht für den Kaufschilling wegen auf dem Kaufgegenstand haftender Pfandlasten, und wegen nicht vollständig geschehener Uebergabe des Kaufobjekts. 313.
Richter, deren Unfähigkeit zum Kaufe streitiger Rechte, die zum Erkenntniß in ihrem Amtsbezirk gehören. L. R. S. 1597. — 105. 275. 323.

Digitized by Google

Roßhirt s. Literatur.
Rüggerichte s. Gemeindetage.
Schenkungen des Regenten. Deren Beurkundung. L. R. S. 931. — 200.
Schiedsrichter. Sind — auch zur Entscheidung von Streitigkeiten bei Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen nöthig? 151.
Schulden, von der Ehefrau in die oder während der Ehe beigebracht, und in die Gemeinschaft gefallen, müssen sie gegen den Ehemann ausgeklagt werden? 383.
Schupflehengesetz vom 15. November 1833 — 61.
Staatsdiener, Besserungsversuche nach Maaßgabe der Dienerpragmatik. 367.
Steuerexecution, ist Appellation dagegen zulässig? 12.
Strafgeding. Muß, um darauf zu klagen, der schuldige Theil vorher in Verzug gesetzt sein? L. R. S. 1230. — 203 und 260.
Strafgesetzbuch. Ist es rathsam und thunlich, den Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1839 bei dem jetzigen Verfahren einzuführen? 166.
Strafsachen. Nichtigkeiten im Strafverfahren. 193. 359.
Strafurthelle. Können von den Aemtern incompetenterweise erlassene — von den Obergerichten ex officio abgeändert werden? 187. Oeffentliche Verkündung der — 366.
Streitige Rechte im Sinne des L. R. S. 1597. 105, 275. 323.

Testament. Ein öffentliches — ist nicht nichtig, wenn die Erklärung des Erblassers in indirektem Styl angeführt ist, oder wenn Unberufene bei der Fertigung zugegen waren, oder wenn die Beurkundung fehlt, daß dasselbe in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben wurde. 133. Soll ein von einem Theilungskommissär verfertigtes öffentliches — deßwegen umgestoßen werden, weil der Commissär vom Amtsrevisor keinen Auftrag hatte, so hat der Kläger den Abgang des Auftrags zu beweisen. ibid. Ein Zeugenbeweis gegen den Inhalt des — ist unzulässig, ausgenommen im Fall einer eigentlichen Fälschungsklage, in welchem die absichtliche Entstellung bestimmt zu begründen ist. ibid.
Theilungsklage. Rechtsfall. Muß die — gegen alle Miteigenthümer angestellt werden? 105, 275. 323.
Todtschlag des Schwiegervaters durch seinen Schwiegersohn, ein Beispiel der Stufenfolge von moralischer Verderbniß. Dabei über die Grenzlinie zwischen Mord und Todtschlag, über Eintheilung der Tödtung, über Untrennbarkeit des Geständnisses, über unmittelbaren und mittelbaren Vorsatz und grobe Verschuldung, über Eintheilung der Werkzeuge zur Tödtung und über Affekt. 77.
Tödtung s. Todtschlag.

Uneheliche Kinder. Unter welchen Voraussetzungen haben — ein aus dem Civilrecht entspringendes Recht auf Ernährung? Gegen welche Personen kann dieses Recht in Anspruch genommen werden? Worin besteht die Ernährungspflicht? Wer hat die — bei Verfolgung dieses Rechts zu vertreten? Bei welchen Staatsbehörden sind die Entscheidungen zu suchen? 145.
Unterpfand. Ein richterliches, uneingetragenes — bewirkt Vorzugsrecht in der 4ten Ordnung. Der Eintrag einer Versteigerungsverfügung gibt kein richterliches —, sondern erzeugt nur die Folgen des L. R. S. 2199 a. Der Eintrag einer Vollstreckungsverfügung gibt ebenfalls kein Unterpfandsrecht, sondern nur der Eintrag des Urtheils. 272. 56.
Unterschrift des Regenten, Abläugnen derselben. 200.
Untersuchungen, peinliche, deren Führung durch Rechtspraktikanten; durch gemischte Kommissionen; Voranzeigen bei schweren Verbrechen. 365. 366.
Untersuchungsrichter. Wer ist der zuständige — bei Ehrenkränkungen und Verläumdungen, insbesondere durch die Presse? 99. 189.
Urkunden, Entreißung derselben, 205.
Urkundenbeweis, Abläugnen der Unterschrift des Regenten. §. 400. 439 der Proceßordnung. — 200.
Urkundspersonen. Ueber die Nothwendigkeit des Zuzugs von — im badischen Civilproceß. 258.
Urtheile. Im Ausland ergangene — haben badische Gerichte nur in so fern zu prüfen, als sie in Baden vollstreckt werden sollen — 37. Läuft die Frist zur Folgeleistung vom Tag der Publikation, oder vom Tag der Rechtskraft des —? 272. — Das — des §. 723 der Proceßordnung erfordert zu seiner Rechtsbeständigkeit, daß die Urschrift sowohl die Erfordernisse des §. 378 der Proceßordnung als den Ausspruch des Rechtsnachtheils des §. 723 enthalte. 353.

Vaterschaftsklage. L. R. S. 340 a. 43.
Veräußerung einer der Ehefrau zugehörigen Liegenschaft durch den Mann. Kann dieselbe während des Bestehens der Gemeinschaft, oder erst nachher angefochten werden? 185. — eines Erblehens durch den Erbbeständer s. Erblehen.
Verjährung der Bannrechte. 261. — kann kein Rechtstitel sein, durch welchen derjenige, der ein Gebäude von jeher unterhielt, zur Unterhaltung verbindlich werden könnte. 309.
Verkauf streitiger Rechte. L. R. S. 1597. — 105, 275. 323.
Verläumdungen, insbesondere durch die Presse. Wer ist zur Untersuchung competent? 99. 189.
Verletzte Vorschriften des Verfahrens. Zu §. 616 der Proceßordnung. 192.
Vermögensübergaben können von den Erben, selbst wenn sie dazu einwilligten, wegen Verletzung über 1/4 angefochten werden. 19.
Versäumnißerkenntniß. Anfang der Wiederherstellungsfrist und der Frist zur Folgeleistung eines — 269. — nach § 723 der Proceßordnung s. Urtheil.
Versteigerung, Vorladung der Pfandgläubiger dazu. 1.
Versteigerungsverfügung. Deren Eintrag in's Unterpfandsbuch nach §. 1030 der Proceßordnung erzeugt die in L. R. S. 2199 a. bemerkten Folgen, gibt aber kein Unterpfandsrecht. 56. 272.
Verträge, deren Wirksamkeit gegen Dritte. 355. Ueber die Einrede der Betrunkenheit bei Abschließung von —, und Beweis derselben. 191.
Vindikation einer durch den Ehemann veräußerten Liegen-

schaft der Frau, ist dieselbe während der Ehe zulässig? 185.
Vollstreckungsbefehl auf Liegenschaften. Gibt der Eintrag desselben Pfandrecht? 56. 272.
Vollstreckungsverfahren. Die Rechtsmittel im — mit der Lehre von den Einsprachen und Beschwerden dabei. 137.
Vollstreckungsverfügung. Der Eintrag der — in's Unterpfandsbuch gibt kein Pfandrecht. 56. 272.
Voranzeigen bei schweren Verbrechen. 366.
Vorsatz. Eintheilung in mittelbaren und unmittelbaren — ist unrichtig. 77.
Vorstände und Anhänge im Hypothekenwesen des Kantons Zürich. 313.
Wasserdienstbarkeiten, über — L. R. S. 640—645. — 113.
Wechselklage. Hat der Aussteller gegen den Acceptanten eine —? 178.
Wechselsachen. Entscheidungen in —. Macht der Ausdruck „Werth erhalten" in einem Wechsel den Wechselvertrag ungültig? 181.
Wechselvertrag. Ueber den — nach französischem und badischem Recht. 128.
Werkzeuge bei Tödtungen. Deren Eintheilung. 77.
Wertherstattung. Von der — 128.
Zahlungsflüchtigkeit. Ist die leichtsinnige — gerichtlich oder polizeilich zu strafen? 5.
Zahlung zur Ungebühr s. Condictio indebiti.
Zehntablösung. Ausmittlung des Ablösungskapitals für Lasten, insbesondere der Faselviehlast. s. Ablösung. — Ueber die Verbindlichkeit der Parteien zur Vorlage der Pachtprotokolle und sonstigen urkundlichen Nachweisungen über das 10jährige Erträgniß bei — 361. Von der Legitimation in Processen über — ibid.
Zehntablösungsgesetz. Verschiedene Fragen aus dem — und über die Gültigkeit eines Gemeindebeschlusses. 237. — Zur Erläuterung der §§. 65 und 66 des — 219. Erläuterung der §§. 28—30. 48—50. 60 des — 361.
Zehntherr. Dessen Klage auf Anerkennung der Hand- und Fuhrdienstpflicht der Kirchspielsgemeinde zum Kirchenbau. 67. 101.
Zehntrecht. Verschiedene Entscheidungen zweier ganz gleicher Rechtsstreite über ein — 391.
Zeugenbeweis gegen den Inhalt eines Testaments ist unzulässig, außer im Fall einer eigentlichen Fälschungsklage 133.
Zuständigkeit der Gerichte in Strafsachen, insbesondere der Aemter als Untersuchungsgerichte und als urtheilende Gerichte; — der Hofgerichte als Aufsichtsbehörden, als Untersuchungsgerichte und als urtheilende Gerichte in erster und zweiter Instanz; — des Oberhofgerichts in erster und zweiter Instanz und als Cassationshof. 155. — der Untersuchungsrichter zur Entscheidung der Competenzfrage in Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob ein zur hofgerichtlichen Competenz sich eignendes Verbrechen vorliege. 267 und 384. Wer ist der zuständige Untersuchungsrichter bei Ehrenkränkungen und Verläumdungen, insbesondere durch die Presse. 99. 189. — der badischen Gerichte zur Prüfung im Ausland erlassener Urtheile. 37. — zur Appellation gegen ein im Verwaltungsweg erlassenes Erkenntniß in einer bürgerlichen Rechtssache. — 69.
Zustellungsbeurkundungen. Was gehört zu deren Gültigkeit? — 353.

Digitized by Google

Register

zu dem Beiblatte der Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte von 1843.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Absage wegen Nichtzahlung. Ist der Wechselinhaber, wenn er nach Absage wegen Nichtannahme gegen den Wechselübergeber ein rechtskräftiges Urtheil auf Erlegung des Wechselbetrags erwirkt hat, von der — befreit? 8. s. auch Wechsel.

Anfechtung der bedungenen Nichtverzinsung des Kaufpreises für eine fruchttragende Liegenschaft durch die Pfandgläubiger. 2.

Ausschlagung der Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichttheils. 4.

Besitzklage bei Handlungen der freien Willkühr. I. Wenn der unmittelbare Urheber einer Besitzeshandlung in einer Besitzstörungsklage wegen diesen Besitzeshandlungen unterlegen ist, so können diese Besitzeshandlungen auch nicht mehr zur Grundlage einer Besitzesklage für denjenigen dienen, zu dessen Vortheil sie ursprünglich vorgenommen wurden. 20.

Betrügerische Ausfüllung des freien Raumes über einer Unterschrift in Handelssachen. Der Richter kann den Beweis der — in Vermuthungen finden; auch zur Ergänzung eines solchen Beweises auf den Erfüllungseid erkennen. 12.

Beweis, der —, daß eine schriftlich abgeschlossene Uebereinkunft spätere Abänderungen erhalten habe, kann nicht durch Zeugen geführt werden. 17. — der betrügerischen Ausfüllung des freien Raumes über einer Unterschrift in Handelssachen. 12.

Beweiskraft von Hausaufzeichnungen. 14.

Cession eines Darlehens, das bei einem Dritten als Caution hinterlegt ist, an wen zu verkünden? 2.

Concubinat bildet für sich allein noch keinen Beweis, um ein Testament wegen Suggestion oder Captation für nichtig zu erklären. 13.

Dienstbarkeit, Beweis derselben durch einen über 30 Jahr alten Erwerbtitel. 2. Der Art. 694 bezieht sich auch auf offene unständig —. 7.

Dotalgüter, s. Ehesteuer.

Ehefrau. Die Ermächtigung, die einer — in 2ter Instanz ertheilt wurde, um vor Gericht aufzutreten, hebt die Nichtigkeit des Verfahrens in erster Instanz nicht auf, vor welcher die — unautorisirt auftrat. 22. Eine — kann ohne Ermächtigung ihres Mannes oder des Gerichtes keine Wohnung miethen, fofern eine solche Miethe nicht in Folge ihrer Haushaltungsführung geschieht, was aus den Umständen zu ermessen ist. eod. Eine — hat für ihren Antheil an der Gemeinschaft nur das Vorzugsrecht des Art. 2109, aber kein gesetzliches Unterpfandsrecht. 8. Wirksamkeit der von einer in bewidmeter Ehe lebenden —, mit Ermächtigung des Mannes eingegangenen, Verbindlichkeit. 15.

Ehemann. Kann ihm in einem Rechtsstreite der Frau, zu dem er sie ermächtigt hatte, ein Notheid auferlegt werden? 9.

Ehesteuer. Veräußerung der — wegen drohenden Verhafts des Mannes ist unzulässig. 5. Veräußerungen der — zur Befreiung des Mannes. 4.

Ehesteuerliche Liegenschaften. Wenn eine dem Dotalrecht unterworfene Frau auf betrügliche Weise den Kaufpreis der von ihr veräußerten — ohne die auferlegte Verwendung zum Ankauf von Liegenschaften sich zu verschaffen weiß, ist derjenige, der sie hiebei unterstützte, der Frau oder ihnen Erben zum Schadensersatz verpflichtet. 15. Wenn — nur unter der Bedingung verkauft werden dürfen, daß der Kaufpreis in Liegenschaften angelegt werde, diese Bedingung zu Lebzeiten der Frau nicht erfüllt wurde, und diese minderjährige Erben hinterläßt, so kann der Käufer, der vom Vormund derselben auf Zahlung des Kaufpreises belangt wird, diese verweigern, selbst wenn der Vater Vormund ist. 13. Veräußerung der — 11., s. auch Verpfändung der Dotalgüter.

Eigenthum. Das — an einer Straße, welche der Eigenthümer einer Liegenschaft nach eingeholter und erhaltener Ermächtigung auf derselben eröffnet hat, geht auf die Stadt über, ohne daß sie irgend eine Entschädigung für den Grund und Boden zu zahlen hat, so fern nichts anderes bedungen wurde. 21.

Eigenthumserwerb des Faustpfandgläubigers an der verpfändeten Liegenschaft durch Verjährung. 25.

Entmündigung. Sobald das Erkenntniß, welches eine — ausspricht, auf gesetzliche Weise verkündet ist, wirkt es gegen Dritte, und diese können, wenn sie mit dem Entmündigten ein Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, die Nichtbeobachtung anderer Förmlichkeiten des Entmündigungsverfahrens zur Aufrechthaltung des Vertrags nicht für sich geltend machen. 14.

Entschädigungsklage wegen Verlusts des Faustpfands ist eben so unverjährbar, wie die Klage auf Rückgabe des Faustpfands selbst. 25.

Erbschaft. Wenn die —, welche einer nach dem Gemeinschaftsrechte verheiratheten Frau anfiel, theils aus liegender, theils aus fahrender Habe bestand, und die Gemeinschaft die darauf haftenden Schulden bezahlt hat, steht dem Manne aus dem Grunde, daß die Gemeinschaft nur den Schuldentheil der fahrenden Habe zu tragen gehabt habe,

Digitized by Google

kein Recht auf Ersatz gegen die Frau zu, im Fall er die Fertigung eines Erbverzeichnisses über die fahrende Habe unterließ, oder die Erben den Betrag derselben nicht nachweisen können. 16.

Erfüllungseid zum Beweis der trügerischen Ausfüllung des freien Raumes über einer Unterschrift in Handelssachen. 12.

Faustpfandgläubiger. Wie kann ein — das Eigenthum der ihm als Faustpfand gegebenen Liegenschaft durch Verjährung erwerben? 25.

Gemeinschaftsvermögen. Die Kundschaft eines Apothekers fällt als fahrender Werth in die Gemeinschaft. 27.

Gesellschafter. Veräußerung einer Liegenschaft durch einen — selbst ohne Auftrag seiner Mitgesellschafter, kann diesen entgegengehalten werden, wenn sie dieselbe stillschweigend oder durch Handlungen, welche die Kenntniß und Billigung derselben voraussetzen, genehmigt haben. 21.

Gesellschaftsvertrag. Ein Vertrag, der den Namen eines — einer vertrauten Gesellschaft führt, und wobei die Förmlichkeiten des Art. 42 C. de c. beobachtet sind, berechtigt selbst Dritte nicht, diese Gesellschaft als Handelsgesellschaft anzusehen, wenn es dem Vertrag an den wesentlichen Erfordernissen des Gesellschaftsvertrags gebricht. 14.

Gütergemeinschaft, vertragsmäßig mit Rücksicht auf eine Doppelheirath unter den 4 künftigen Ehegatten bedungen, bleibt für das sich verheirathende Brautpaar gültig, wenn gleich der Tod des einen der Brautleute das Zustandekommen der Heirath des zweiten Brautpaars unmöglich macht. 22.

Handelsrechtssätze: S. 42—14; S. 105, 106—14; S. 120, 161, 163, 175 — 8; S. 173, 189 — 13.

Hinterlegungsvertrag. Mit dem Tode des Hinterlegers erlischt die Kraft der Anweisung, welche er dem Aufbewahrer gegeben, die hinterlegte Sache einem Dritten abzuliefern. Sie darf nur dem Erben herausgegeben werden. 24.

Hypotheken, welche ein Dritter in eigenem Namen für eine im Interesse eines Andern bedungene Verbindlichkeit genommen hat, sind für diesen eben so wirksam, als sie es für den Dritten gewesen wären, wenn er im eignen Interesse gehandelt hätte. 18.

Klage auf Rechnungsstellung über die Verwaltung des Vermögens eines verstorbenen Entmündigten muß vor dem Gericht des Wohnsitzes seines Pflegers angestellt werden? 14. — gegen Fuhrleute erlischt nur durch Annahme der Güter und Zahlung der Fracht. Die Untersuchung und Bescheinigung des Zustandes der Güter durch Sachverständige, ist nicht bei Strafe des Verlusts der Klage vorgeschrieben. 14.

Kundschaft eines Apothekers fällt als fahrender Werth in die Gemeinschaft. 27.

Landrechtssätze: S. 108, 110 — 14; S. 215, 217, 1427, 1420 a.—22; S. 464, 601, 1557—13; S. 544 a. —20; S. 555 — 3; S. 578, 2118 — 9; S. 601, 464, 1557—13; S. 644—1; S. 671—15; S. 688, 691—3; S. 694—7; S. 706, 2234—2; S. 784—4; S. 816—15; S. 893, 1100 c. d. —3; S. 901—13; S. 968, 1097, 1130—5; S. 970—6; S. 1097, 1130, 968—5; S. 1100 c. d.—3; S. 1119, 1984—18; S. 1130, 968, 1097—5; S. 1167—9; S. 1331—9, 14; S. 1338—4; S. 1338, 1859—21; S. 1341—17; S. 1366—9; S. 1382, 1554, 1560—15; S. 1401—27; S. 1414, 1415—16; S. 1427, 1420 a., 217—22; S. 1444—7; S. 1449, 1563—1; S. 1476, 2121, 2135—8; S. 1525—13; S. 1554, 1560, 1382—15; S. 1557, 464, 601—13; S. 1557, 1560 — 11; S. 1558 — 4, 5, 25; S. 1563, 1449—1; S. 1690—2; S. 1859, 1338—21; S. 1937, 1939—24; S. 1984, 1119—18; S. 2109—8; S. 2114, 2148—18; S. 2118, 2124—10; S. 2118, 578—9; S. 2121, 2135, 1476—8; S. 2124 — 10; S. 2148, 2114 — 18; S. 2166, 2192 — 9; S. 2176, 2186 — 2; S. 2192, 2166 — 9; S. 2232, 644 — 1; S. 2233 —20; S. 2234, 706—2; S. 2238, 2240—25; S. 2273, 2274 — 14.

Nichtigkeit des Verfahrens in erster Instanz, vor welcher eine unautorisirte Ehefrau auftritt, wird durch die Ermächtigung derselben, in zweiter Instanz aufzutreten, nicht aufgehoben. 22. — eines von einer Ehefrau ohne Ermächtigung ihres Ehemannes eingegangenen Miethvertrags. eod.

Nichtigkeitserklärung der Handlung eines Schuldners zum Nachtheil eines Gläubigers auf dessen Antrag. Kommt dieses Erkenntniß auch den andern Gläubigern zu statten, selbst wenn ihre Rechte nach der nichtig erklärten Handlung entstanden sind? 9.

Notheid, dem Ehemann aufgelegt in einem Rechtsstreite seiner Frau, zu dem diese von dem erstern ermächtigt war. 9. — über eine für sich allein keinen Beweis liefernde Thatsache. 9.

Nutznießung, s. Verpfändung der Nutznießung.

Protest, s. Absage.

Proceßordnung. §. 750—20.

Sachverständige. Wenn die vom Gericht ernannten — erklären, daß sie das verlangte Gutachten nicht abgeben können, so kann das Gericht, zumal wenn keine Partei eine neue Expertise begehrt hat, solche von Amtswegen selbst vornehmen. 27.

Schenkung. Die Vertragsbestimmung, daß unter den Ehegatten eine Errungenschaftsgemeinschaft zu gleichen Theilen bestehen, und dem Ueberlebenden die ganze Errungenschaft durch gegenseitige Schenkung zugewandt werden soll, ist nicht als eine der Minderung wegen Verletzung des Pflichttheils unterworfene Schenkung, sondern als eine Bestimmung im Sinn des Art. 1525 anzusehen. 13.

Substitution, Genehmigung einer verbotenen —. 4.

Testamente, gegenseitige. 5. Eigenhändige — auf getrennten Blättern. 6. Der Concubinat bildet für sich allein keinen genügenden Beweis, um ein — wegen Suggestion oder Captation für nichtig zu erklären. 13.

Digitized by Google

Theilungsurkunden. Kann deren Nichtigkeit wegen Mangels der Unterschrift der Intereſſenten durch Vollzug geheilt werden? 15.

Uebergang des Eigenthums an einer Straße, welche der Eigenthümer der Liegenſchaft mit eingeholter Ermächtigung eröffnet hat, an die Stadt. 21.

Veräußerung der Eheſteuer zur Befreiung des Ehemannes. 4. — eheſteuerlicher Grundſtücke. 11. ſ. auch eheſteuerliche Grundſtücke. — einer Liegenſchaft durch einen Geſellſchafter ohne Zuſtimmung der übrigen; ſ. Geſellſchafter.

Verbindlichkeiten, welche gegen eine Perſon eingegangen werden, die zwar in eigenem Namen auftrat, in der That aber als Gewalthaber und im Intereſſe eines Dritten handelte, ſind gültig, und müſſen dem Dritten gegenüber erfüllt werden. 18.

Verjährung bei Handlungen der freien Willkühr. 1. — der Entſchädigungsklage wegen Verluſts des Fauſtpfands. 25. Wie kann der Fauſtpfandgläubiger das Eigenthum der verpfändeten Liegenſchaft durch — erwerben? 25. — der Klage eines avoué, unterbrochen durch die Erklärung der Partei, er ſolle das Koſtenverzeichniß einſenden, und den Betrag in Empfang nehmen. 14. — der Wechſel. 13.

Verkauf einer Liegenſchaft, worauf fremde Bauten ruhen. 3.

Vermögensabſonderung. Nach der — hat die Frau die freie Verwaltung ihrer Eheſteuer. 1.

Vermögensabſonderungsurtheil. Die Frau darf den Nichtvollzug des — nicht zur Täuſchung Dritter benutzen. 7.

Vermuthungen. Kann in Handelsſachen der Beweis der betrügeriſchen Ausfüllung des freien Raumes über einer Unterſchrift durch — geführt werden? 12.

Verpfändung der Dotalgüter. In Fällen, in welchen die in bewidmeter Ehe ſtehende Frau zur Veräußerung ermächtigt werden kann, kann ihr auch das Gericht die Ermächtigung zur — geben. 25. — der Nutznießung durch den Eigenthümer der Liegenſchaft. 9. Muß der Gläubiger, dem die Nutznießung an einer Liegenſchaft verpfändet wurde, im Falle ſpäter das bloße Eigenthum und die Nutznießung zuſammen und um eine Summe verkauft werden, auf einen Theil dieſes Kaufpreiſes, als Werth der Nutznießung verwieſen werden, oder erſtreckt ſich ſein Recht nur auf die bis zum Tode des Nutznießers aus der ganzen Kauffumme erzielten Zinſen? 9. Behält der Gläubiger dem der Nutznießer und der bloße Eigenthümer einer Liegenſchaft zuſammen, und ohne zwiſchen der Nutznießung und dem bloßen Eigenthum zu unterſcheiden, ein Pfandrecht bewilligt haben, wenn in der Folge der Rechtstitel des bloßen Eigenthümers wegen dolus in der Weiſe für nichtig erklärt wird, als habe der Nutznießer nie aufgehört, voller Eigenthümer zu ſein, ein Pfandrecht auf die Nutznießung und das Eigenthum? 9.

Verſitzung der geſetzlichen Dienſtbarkeit des Art. 671. 15.

Vertrag, wodurch mit Rückſicht auf eine Doppelheirath eine allgemeine Gütergemeinſchaft unter den 4 Ehegatten bedungen iſt; ſ. Gütergemeinſchaft.

Verzicht auf die Erbſchaft mit Vorbehalt des Pflichttheils. 4.

Vorzugsrecht der Ehefrau für ihren Antheil an der Gemeinſchaft. 8. — eines Miterben für das, was ihm zur Gleichſtellung herausgegeben werden muß. Die Friſt des Art. 2109 läuft vom Tage des Steigerungszuſchlags, auch wenn minderjährige Theilhaber vorhanden ſind, nicht vom Tage der gerichtlichen Beſtätigung. 8.

Wechſel, deren Verjährung. 13. Wo muß die Abſage geſchehen, wenn der Ausſteller eines eigenen Wechſels ſeinen Wohnſitz verändert, und die Behörde hievon in Kenntniß geſetzt hat, ohne ihr ſeinen neuen Wohnſitz anzuzeigen? 13.

Weggerechtigkeit. Ein öffentlicher Weg iſt keine —. 3.

Zeugenbeweis zur Auslegung eines Teſtaments. 3. — iſt unzuläſſig zum Beweis, daß eine ſchriftlich abgeſchloſſene Uebereinkunft ſpäter Abänderungen erhalten habe. 17.

Zuſtändigkeit. Wenn das Eigenthum von Liegenſchaften, welche eine abgeſonderte Ehefrau als Rückforderungen anſpricht, beſtritten wird, iſt das Gericht der gelegenen Sache, und jenes des Wohnſitzes der Ehefrau, nicht aber das Gericht, welches die Vermögensabſonderung ausgeſprochen hat, das zuſtändige, es müßte denn letzteres das Gericht des Wohnſitzes einer der Parteien ſein. 19.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 1. Karlsruhe den 7. Januar 1843.

I.

1) Die besondere Benachrichtigung der Pfandgläubiger vor der zweiten Versteigerung des Pfandguts ist nicht nöthig, wenn am Schlusse der ersten Versteigerung den Anwesenden der zweite Versteigerungstag bekannt gemacht wurde.

2) Unterblieb diese Bekanntmachung oder wurde der bekanntgemachte Versteigerungstag wieder verlegt, so sind von der neu angeordneten Tagfahrt die Gläubiger wieder besonders zu benachrichtigen, wenn ihnen das Ueberbietungsrecht verloren gehen soll.

Nach Landrechtssatz 2166 und ff. kann der Gläubiger, dessen Vorzugs- oder Unterpfandsrecht auf ein liegendes Gut eingetragen ist, auch da, wo dieses Letztere in dritte Hände überging, gegenüber dem dritten Besitzer noch auf das verhaftete Gut greifen.

Auch da, wo der Pfandschuldner das Gut verkauft und den Kaufschilling dem ersten auf dasselbe eingetragenen Vorzugs- oder Unterpfandsgläubiger zugewiesen hat, kann gleichwohl ein eingetragener Nachpfandgläubiger (mittelst der Hypothekenklage) noch auf das Pfandstück greifen, denn dasselbe bleibt nach Satz 2167 für alle Pfandschulden verhaftet, so lange der dritte Besitzer nicht die im 8. Kapitel des B. III. Tit. 18. (S. 2181 bis 2192) vorgeschriebenen Formen beobachtet hat, um sein Eigenthum von den Vorzugs- und Unterpfandslasten zu befreien. Das in diesem 8ten Kapitel vorgeschriebene Verfahren, welches der dritte Besitzer nach Satz 2183 auch noch während eines Monats nach Zustellung der Ladung auf eine gegen ihn erhobene Hypothekarklage einleiten kann, besteht darin, daß der Besitzer seinen Eigenthumserwerb, sofern dieß nicht nach Satz 1583 a oder nach dem §. 25 des zweiten Einführungsedikts schon früher geschehen ist, nach S. 2181 nun nachträglich in das Grundbuch eintragen läßt, sofort einen Auszug aus dem Erwerbstitel und dessen Eintragung nach Vorschrift des Satzes 2183 jedem ins Pfandbuch eingetragenen Gläubiger zustellen läßt, (S. 2184) mit der Erklärung: er sei bereit, den Preis, um den er das Gut erworben, oder, sofern er es unentgeldlich erwarb, den von ihm angegebenen Schätzungswerth an die Gläubiger nach ihrer Ordnung zu bezahlen.

Ist dieß geschehen, so steht den eingetragenen Gläubigern, welche mit dem angegebenen Kauf- oder Schätzungswerthe sich nicht begnügen wollen, nach S. 2185 das Recht zu, durch ein Nachgebot, welches wenigstens $^1/_{10}$ mehr als den angebenen Preis oder Werth enthält, eine öffentliche Versteigerung des Guts zu veranlassen.

Machen die Gläubiger von diesem Ueberbietungsrechte innerhalb 40 Tagen keinen Gebrauch, so ist der angegebene Preis oder Werth auch für sie verbindlich, und der Gutserwerber ist nach S. 2186. frei, wenn er diesen Preis oder Werth den Gläubigern nach ihrer Rangordnung auszahlt, oder ihn an die Hinterlegungscasse abgibt.

Macht aber ein Gläubiger das Ueberbietungsrecht geltend, so kommt es zu einer öffentlichen Versteigerung des Guts, wie in Fällen des Gerichtszugriffs und der Steigschilling unterliegt alsdann der gerichtlichen Distribution.

Hat der Erwerber, welchem das an sich gebrachte Gut auf solche Weise durch das Nachgebot eines Gläubigers entzogen wurde, vorher schon den Kaufschilling oder einen Theil desselben an einen Pfandgläubiger bezahlt, so tritt er dafür in die Rechte des Letztern ein (S. 1251. Nr. 2).

Digitized by Google

und er kann dieselben bei der Distribution des erzielt werdenden Steigschillings geltend machen, vorbehaltlich der Rechte, die ihm wegen der gehabten Kosten nach S. 2188 gegen den Steigerer selbst zukommen.

Hat aber der dritte Besitzer das Gut nicht durch einen Privatkauf oder durch einen andern Privatvertrag (Vergleich ꝛc.) oder durch Schenkung, Erbschaft ꝛc. an sich gebracht, sondern hat er dasselbe bei einer im Vollstreckungsverfahren stattgehabten gerichtlichen Versteigerung erworben, so finden die obigen Ansprüche gegen ihn nicht mehr unbeschränkt Anwendung.

Die Proceßordnung gibt für einen solchen Fall besondere Bestimmungen, um denjenigen, der bei der gerichtlichen Versteigerung kauft, gegen die Ansprüche und Nachgebote der Gläubiger in Schutz zu nehmen.

Sie verordnet im §. 1036, daß die Gläubiger, welche auf ein der gerichtlichen Versteigerung ausgesetztes Gut eingetragen sind, von dem Versteigerungstag besonders benachrichtigt werden. Ist dieß geschehen, so ist der erzielt werdende Steigschilling auch für diese Pfandgläubiger verbindlich, und der Käufer wird nach §. 1056 von jeder Pfandlast frei, wenn er den Steigerungspreis nach gerichtlicher Anweisung ausbezahlt hat.

Ist dagegen ein Gläubiger von der Versteigerung nicht in Kenntniß gesetzt worden, so sollen ihm die obigen, durch das Landrecht begründeten, Ansprüche aufrecht erhalten werden, wie wenn der Steigerer das Gut nur durch einen Privatkauf erworben hätte. Es bleibt nämlich dem Gläubiger in diesem Falle nach §. 1057 das Recht des Nachbietens nach Maaßgabe der Bestimmungen der Landrechtssätze 2185 bis 2189. Jedoch soll er dieses Recht nach §. 1058. nur innerhalb einer Jahresfrist, vom Tage des Zuschlags an, geltend machen können.

Hier erheben sich nun die Fragen:

1) Müssen die Gläubiger da, wo bei der ersten Versteigerung kein Zuschlag erfolgt, und deßhalb eine zweite Versteigerung angeordnet wird, auch von der zweiten Versteigerung wieder besonders benachrichtiget werden?

2) Und ist dieß wenigstens da der Fall, wo die Vorschrift des §. 1050, daß der Tag der zweiten Versteigerung beim Schlusse der ersteren den Anwesenden sogleich bekannt gemacht werde, nicht befolgt worden ist?

Zu 1. Die §§. 1033 bis 1049 der Proceßordnung sprechen von der ersten Versteigerung.

Hier kommt nun der §. 1036. vor, nach welchem die eingetragenen Pfandgläubiger vom Versteigerungstage besonders benachrichtigt werden müssen. Dieser §. 1036 bezieht sich daher unmittelbar nur auf die erste Versteigerung.

Wurde bei der ersten Versteigerung der Anschlag nicht erzielt, so wird eine zweite Versteigerung vorgenommen, und davon handeln die §§. 1050 bis 1052.

Hier ist nun von der Vorschrift des §. 1036, nämlich von der besondern Benachrichtigung der eingetragenen Gläubiger nichts gesagt.

Darum und weil im §. 1052 die auf die erste Versteigerung bezüglichen §§. 1044 bis 1049 ausdrücklich auch als bei der zweiten Versteigerung anwendbar erklärt sind, ohne daß sich hiebei ebenso auch auf den §. 1036 rückbezogen wäre, ist wohl anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine gleiche Benachrichtigung der Pfandgläubiger von der zweiten Versteigerung nicht ebenso, wie bei der ersten, beabsichtigte.

Dazu kömmt, daß der §. 1050 vorschreibt: es soll der Tag der zweiten Versteigerung beim Schlusse der ersten den Anwesenden bekannt gemacht werden.

Ist ein Pfandgläubiger vom Tag der ersten Versteigerung besonders benachrichtiget, also dazu gewissermaßen monitorisch geladen worden, so kann er seine Rechte hinreichend wahren, sofern er bei der ersten Versteigerung erscheint, oder sich vertreten läßt. Er erfährt nämlich dort den Tag der etwa vor sich gehenden zweiten Versteigerung.

Vernachläßigt er aber sein Interesse, indem er bei der ersten Versteigerung weder selbst, noch durch einen Vertreter erscheint, noch auch sonst Erkundigung über das Resultat derselben, oder über einen etwa nöthig gewordenen zweiten Steigerungstag einzieht, so geschieht ihm nicht zu hart, wenn er da, wo die zweite Versteigerung ohne seine nochmalige specielle Benachrichtigung vorgenommen wird, sein Ueberbietungsrecht verliert.

Das Gesetz schreibt nun einmal diese besondere Benachrichtigung der Gläubiger von der zweiten Versteigerung nicht vor, und es fällt in die Augen, daß der §. 1050. die Eröffnung des zweiten Steigerungstages an die bei der ersten Versteigerung Anwesenden, der bei der ersten Versteigerung verordneten besondern Benachrichtigung der Gläubiger substituiren wollte.

Darum ist im §. 1057. bei der Stelle, wo von der

Digitized by Google

Benachrichtigung der Gläubiger vom Steigerungstag gesprochen wird, in einer Parentheſe auch nur der (auf die erſte Verſteigerung bezügliche) §. 1036. citirt.

In Uebereinſtimmung hiemit iſt in der Vollzugsverordnung vom 29. März 1832 im §. 57. ausdrücklich geſagt, daß es bei einer zweiten Verſteigerung keiner neuern Benachrichtigung der Gläubiger bedürfe.

Anders geſtaltet ſich aber wohl die Sache, wenn

Zu 2. der Vorſchrift des §. 1050. zuwider beim Schluſſe der erſten Verſteigerung der Tag der zweiten den Anweſenden nicht bekannt gemacht wird.

Wenn man nämlich auch zugibt, daß der §. 1057 und der darin angerufene §. 1036 ſich unmittelbar nur auf die erſte Verſteigerung beziehen, und daß die dort erwähnte Benachrichtigung der Gläubiger für den Fall einer zweiten Verſteigerung durch die im §. 1050 vorgeſchriebene Bekanntmachung an die Anweſenden erſetzt ſei, — ſo wird man gleichwohl da, wo dieſes Surrogat wegfällt, die für die erſte Verſteigerung gegebenen Vorſchriften anwenden müſſen.

Hinſichtlich der Bekanntmachung iſt die zweite Verſteigerung in einem ſolchen Falle eben nur als eine erſte zu betrachten. Sie iſt von dem vorherigen Akte, in Bezug auf welchen ſie als eine zweite Verſteigerung gilt, losgeriſſen; ſie ſteht mit demſelben nicht mehr in demjenigen Zuſammenhange, der durch die im §. 1050 vorgeſchriebene Bekanntmachung begründet würde, und den das Geſetz vorausſetzt, wenn es bei der zweiten Verſteigerung die beſondere Benachrichtigung der Gläubiger nicht mehr vorſchreibt.

Jedenfalls träte hier eine vollkommene Rechtsähnlichkeit zur Anwendung des §. 1057 auf einen ſolchen Fall ein. S. 4a.

Iſt die Bekanntmachung der zweiten Verſteigerung an diejenigen, welche bei der (den Pfandgläubigern beſonders eröffneten) erſten Verſteigerung anweſend waren, unterblieben, ſo iſt die zweite in allen hier erheblichen Beziehungen der erſten völlig gleich; alle Rückſichten, die den Geſetzgeber beſtimmten, für die erſte Verſteigerung die beſondere Benachrichtigung der Gläubiger vorzuſchreiben, ſind in dieſem Falle auch bei der zweiten vorhanden.

Der Gläubiger ſoll des durch das Landrecht (S. 2185 ꝛc.) zum Schutze ſeines Vorzugs- oder Unterpfandsrechts ihm eingeräumten Ueberbietungsrechts verluſtig werden, wenn er bei der öffentlichen Verſteigerung die Gelegenheit ſchon hatte, ſelbſt ein ſo hohes Gebot zu thun, als ihm beliebt. Um ihm aber dieſe Gelegenheit zu ſichern, ſoll ihm der Tag der Verſteigerung nach §. 1036 beſonders bekannt gemacht werden.

Dieſer Grund trifft nun ſeinem ganzen Umfange nach auch bei der zweiten Verſteigerung ein, wenn den Gläubigern nicht durch die Bekanntmachung am Schluſſe der erſten die Gelegenheit gegeben ward, von der zweiten Tagfahrt Kunde zu erhalten, und dabei alsdann das Ueberbietungsrecht auszuüben.

Ja er trifft in noch ſtärkerem Maaße ein, weil bei der erſten Verſteigerung das Pfandgut nur dann, wenn der Schätzungspreis erreicht wird (§. 1048), bei der zweiten aber auch unter dem Schätzungspreiſe der Zuſchlag erfolgt (§. 1051), bei dieſer letztern alſo der Gläubiger noch mehr gefährdet und ſomit ſein rechtliches Intereſſe, von dem Steigerungstage in Kenntniß geſetzt zu werden, noch größer iſt, als bei der erſten.

Alſo nicht nur nach einer Rechtsähnlichkeit, ſondern ſelbſt nach einem Schluſſe a majori ad minus, muß die rechtliche Folge des §. 1057. auch bei der zweiten Verſteigerung eintreten, wenn die für dieſe Verſteigerung im §. 1050 vorgeſchriebene beſondere Bekanntmachungsweiſe unterbleibt.

Daß das Geſetz die bloße öffentliche Ankündigung des Steigerungstags (§. 1035. 1051), inſoweit es ſich um die Rechte der eingetragenen Pfandgläubiger handelt, nicht für genügend hält, geht eben daraus hervor, daß es in den §§. 1036 und 1050 beſondere Bekanntmachungen vorſchreibt.

Man könnte etwa ſagen: weil die Nichtbeobachtung der Vorſchrift des §. 1050 nicht eben ſo, wie die Nichtbeobachtung der Vorſchrift des §. 1036 im §. 1057 beſonders erwähnt iſt, ſo kann die Erſtere mit der im §. 1057 beſtimmten Rechtsfolge nicht verbunden ſein, ſondern ſie kann nur als ein Fehler im Sinne des §. 1054 betrachtet werden, und daher nur eine innerhalb 4 Wochen geltend zu machende Beſchwerde, nicht aber das im §. 1057 Abſatz 2 erwähnte Ueberbietungsrecht begründen.

Allein hier iſt zu erwägen:

Das Beſchwerderecht des §. 1054 iſt nicht ein in dem

Digitized by Google

Ueberbietungsrecht des §. 1057 begriffenes minus; denn wenn es gleich in Bezug auf die Dauer nur beschränkter ist, so geht es doch in sofern weiter, als der Betheiligte damit die Versteigerung ꝛc. umstoßen kann, ohne selbst ein Nachgebot, wie im Falle des §. 1057 machen zu müssen. Die beiderlei Rechte sind also ganz verschiedener Natur, und wenn man nach einer Rechtsähnlichkeit, oder nach einem Schlusse a majori ad minus den unmittelbar nur von der ersten Versteigerung handelnden §. 1036 in Bezug auf die besondere Benachrichtigung der Gläubiger da, wo die Vorschrift des §. 1050 unterlassen wurde, auch bei der zweiten Versteigerung für nöthig hält, so muß man nach der nämlichen Rechtsähnlichkeit oder nach dem nämlichen Schlusse a majori ad minus mit dem gleichen Prinzipe auch die gleichen Rechtswirkungen der Unterlassung (§. 1057) eintreten lassen, und man kann nicht auf eine ganz andere (ihrer Natur nach davon verschiedene) Folge verweisen.

Das Ueberbietungsrecht des §. 1057 wird nicht, wie das Beschwerderecht des §. 1054, wegen einer Verletzung des gesetzlichen Verfahrens bewilligt oder eingeräumt, sondern es beruht schon auf dem Landrecht, es ist eine (wie oben im Eingange dargethan wurde) gesetzliche Folge jedes eingetragenen Pfandrechts, und diese landrechtliche Befugniß des Ueberbietens wird nun durch die Proceßordnung in Bezug auf den Verkauf eines Pfandguts mittelst gerichtlicher Versteigerung auf eine Jahresfrist vom Zuschlag an (§. 1058) nur beschränkt, und für den Fall einer nach §. 1036 geschehenen Benachrichtigung der Pfandgläubiger vom Steigerungstage nach §. 1056 ganz aufgehoben.

Nur in so weit also die Proceßordnung das Ueberbietungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Landrecht ausdrücklich aufhebt, kann es demselben durch die gerichtliche Versteigerung verloren gehen.

Entweder betrachtet man nun die im §. 1050 für die zweite Versteigerung vorgeschriebene Bekanntmachung an die bei der ersten Versteigerung Anwesenden als ein Surrogat der im §. 1036 verordneten besonderen Benachrichtigung der Gläubiger, so daß diese Benachrichtigung in Ermanglung des erwähnten Surrogats selbst wieder einzutreten hätte, — oder man betrachtet sie als kein Surrogat, sondern als eine eigenthümliche, jener Benachrichtigung nicht gleich stehende Vorschrift.

Im erstern Falle muß der §. 1057 Anwendung finden, so daß, wenn in Bezug auf die zweite Versteigerung weder die im §. 1050 erwähnte Bekanntmachung, noch auch die diesen Mangel ausgleichende besondere Benachrichtigung der Gläubiger nach §. 1036 erfolgte, den Gläubigern das Ueberbietungsrecht verbleibt.

Im zweiten der aufgestellten beiden Fälle, wenn nämlich die Bekanntmachung des §. 1050 und die Benachrichtigung des §. 1036 nicht als gleichstehend sich gegenseitig ersetzen würden, fände auch die das landrechtliche Ueberbietungsrecht aufhebende Vorschrift des §. 1056, der nur allein von der Benachrichtigung der Gläubiger spricht, auf die im §. 1050 erwähnte Bekanntmachung gar keine Anwendung, so daß bei der zweiten Versteigerung der Verlust des Ueberbietungsrechts in allen Fällen, wie bei der ersten Versteigerung, nur dann einträte, wenn die Pfandgläubiger wirklich von der Versteigerung benachrichtigt worden wären.

Schließlich nur noch eine Bemerkung über den oben bereits erwähnten §. 57 der Vollzugsverordnung vom 29. März 1832. — Derselbe sagt:

„Einer neuern Benachrichtigung der zweiten Versteige„rung an den Schuldner oder an die im Pfandbuchs„auszuge benannten Gläubiger bedarf es nicht; es be„darf deren auch nicht in dem Falle, wenn ein schon „festgesetzter Versteigerungstermin weiter hinausgerückt „wird."

Der erste Theil dieser Stelle ist im Einklange mit dem, was ich oben zu 1 ausgeführt habe. Was aber den zweiten Theil der Stelle betrifft, so ist zwar dabei ebenfalls unterstellt, daß die im §. 1050 vorgeschriebene Bekanntmachung an die bei der ersten Versteigerung Anwesenden erfolgt sey, und in dieser Hinsicht steht die Verordnung mit dem, was ich zu 2 hier ausführte, nicht direkt im Widerspruch. Aber wegen Gleichheit des Grundes halte ich immerhin den Nachsatz des angeführten §. 57 der Vrrordnung für unrichtig; denn wenn der am Schlusse der erstrn Versteigerung den Anwesenden bekannt gemachte Tag der zweiten Versteigerung später wirdrr vrrlegt wird, so ist der weitere Tag, auf welchen die Versteigerung wieder verlegt wurde, jenen anwesend Gewesenen, namentlich den Gläubigern, die sich darunter befanden, nicht ebenfalls wieder bekannt. Die am Schlusse der erstrn Verstrigerung geschrhene Bekanntmachung ist zurückgenommen, es ist also als wenn sie gar nicht erfolgt wäre, und die Gläubiger,

Digitized by Google

die bei der ersten Versteigerung waren, würden nun vom zweiten Steigerungstage durch nichts in Kenntniß gesetzt, als etwa zufällig durch die (vom Gesetze als ungenügend betrachtete) öffentliche Ankündigung.

Ich bin daher der Meinung, daß da, wo die am Schlusse der ersten Versteigerung bestimmte und bekannt gemachte zweite Versteigerung später wieder verlegt wird, eben so, wie da, wo die zweite Versteigerung am Schlusse der ersten gar nicht bekannt gemacht wurde, durch nichts anderes nachzuhelfen sei, als durch eine besondere Benachrichtigung der eingetragenen Gläubiger, wenn diese nach §. 1056 in Verbindung mit dem §. 1057 Absatz 2. das Ueberbietungsrecht verlieren sollen.

D. Red.

II.

Ist die leichtsinnige Zahlungsflüchtigkeit gerichtlich oder polizeilich zu bestrafen?

In den Artikeln 588. 591 und 592 des Code de commerce, mit welchen die Sätze 252, 255 und 256 unseres Handelsrechts correspondiren, ist die Aburtheilung des einfachen Bankerotts (banqueroute simple) oder, wie sich unser Gesetzbuch ausdrückt, der leichtsinnigen Zahlungsflüchtigkeit, den Zuchtpolizeigerichten (tribunaux de police correctionelle) überwiesen.

Da jedoch hier zu Land das Institut der Zuchtpolizeigerichte nicht besteht, so hat man dafür die Polizeibehörden substituirt und in der jetzt wieder aufgehobenen Verordnung vom 22. Juni 1826 (Regierungsblatt Nr. 17) bestimmt: daß Schuldner, gegen welche die Polizeibehörde wegen leichtsinniger Zahlungsflüchtigkeit in Gemäßheit des Art. 256 des Anhangs zum neuen Landrecht eine Verhaftstrafe von einem Monat bis zwei Jahren verhängen soll, — zur Verbüßung dieser Strafe in das polizeiliche Arbeitshaus zu Pforzheim verbracht werden können.

Dieß mußte jedoch nicht nothwendig geschehen, indem daneben die Verurtheilung in das Arbeitshaus zu Bruchsal unverwehrt blieb, welche nur den Obergerichten zusteht.

Nach der weitern, nun ebenfalls aufgehobenen Verordnung vom 7. September 1826 (Regierungsblatt Nr. 22) konnten die Kreisdirectorien eine dreimonatliche Arbeitshausstrafe (jedoch nicht darüber) erkennen, und in so fern auch die leichtsinnige Zahlungsflüchtigkeit aburtheilen; glaubten sie aber, daß eine höhere Strafe einzutreten habe, so mußten sie die Akten an das betreffende Obergericht zur Aburtheilung abgeben. Zur Erkennung einer mehr als dreimonatlichen Arbeitshausstrafe wegen leichtsinniger Zahlungsflüchtigkeit waren sonach selbst unter der Herrschaft der Verordnungen von 1826 nur die Obergerichte competent. Seitdem inzwischen die Bestimmung: daß die polizeiliche Verwahrungsanstalt (zu Pforzheim) nicht mehr mit einem Arbeitshause als Strafanstalt verbunden sein kann (Verordnung vom 30. Juli 1840. Regierungsblatt S. 219—222), in Wirksamkeit getreten ist, muß auf den Stand der Gesetzgebung vor dem 22. Juni 1826 zurückgegangen werden. Hier findet sich nun, außer dem Handelsrechte selbst, überall kein Gesetz oder Provisorium, welches in Ansehung des fraglichen Vergehens die urtheilende Behörde bestimmt, sondern nur ein in scriptis ergangenes Rescript des vormaligen Justizministeriums vom 13. März 1813 Nr. 785, worin ausgesprochen ist, daß die im Satz 256 des Handelsrechts gedrohte Strafe der leichtsinnigen Zahlungsflüchtigkeit, sobald sie über 4 Wochen gehe, von den Hofgerichten zu erkennen sei.

Damit ist also gesagt, daß dieses Vergehen der gerichtlichen Bestrafung unterliege. In der That wird es auch nicht anders sein können; denn, muß man die im Anhangsatz 256. gedrohte Verhaftstrafe gleichbedeutend mit bürgerlicher Gefängnißstrafe nehmen, so ist vor allem zu beachten, daß alsdann, wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um eine relativ unbestimmte Strafe von wenigstens einem Monat bis zu höchstens 2 Jahren bürgerlichen Gefängnisses handelt, das Untergericht nach §. 4 des Strafedicts verglichen mit der Rechtsbelehrung vom 21. Aug. 1813 nicht über 4 Wochen erkennen kann, und daß die Gefängnißstrafe nicht über 8 Wochen ansteigen soll. Ist mithin nach der amtlichen Ansicht eine mehr als 4 wöchentliche Gefängnißstrafe zu dictiren, so müssen die Akten dem Hofgericht zur Entscheidung vorgelegt werden; hält aber dieses eine mehr als 8 wöchentliche Gefängnißstrafe für angemessen, so wird das Arbeitshaus in Bruchsal erkannt, welches nicht blos auf peinliche Verbrechen, sondern auch auf bürgerliche und polizeiliche Vergehen anwendbar ist. Strafedict §. 35 und 37. — Daraus ergiebt sich folgerichtig, daß die leichtsinnige Zahlungsflüchtigkeit nur von den Gerichten abgeurtheilt werden kann, (wie es auch

Digitized by Google

im §. 426 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden bestimmt ist) weshalb der Recurs gegen die amtlichen Erkenntnisse nicht an die Kreisregierungen, sondern an die Hofgerichte geht *), was um so weniger zu bezweifeln sein dürfte, als die rechtliche Natur des Vergehens sich nicht ändert, wenn es im einzelen Fall wegen geringerer Strafbarkeit der amtlichen Aburtheilung überlassen bleibt.

Es würde auch mehr als sonderbar sein, wenn man die nämliche Handlung, sofern sie von den Aemtern abgeurtheilt wird, zu den polizeilichen Delicten, und, so weit die Obergerichte das Erkenntniß geben, zu den gerichtlich strafbaren Vergehen rechnen wollte. Wie also die leichtsinnige Zahlungsflüchtigkeit nach der französischen Gesetzgebung ganz vor die Zuchtpolizeigerichte gehört, so kann sich dieselbe auch hierlands ausschließlich nur zur gerichtlichen Aburtheilung eignen. Bayer.

III.

Steht dem Ankläger in Ehrenkränkungssachen das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu?

Ruf gegen Bronner.

Nachdem die Klägerin, wegen Mangels an Beweis, mit ihrer Ehrenkränkungsklage abgewiesen und ihr das Urtheil am 31. August 1842 eröffnet worden war, schlug sie in einer am 7. September bei Amt eingelangten Erklärung vier neue Zeugen vor und bat um deren Abhör. Das Untergericht nahm nun die frühere Untersuchung wieder auf, hörte drei von den vorgeschlagenen Zeugen ab und verurtheilte sodann die Angeklagte zu einer dreitägigen Gefängnisstrafe, wogegen letztere appellirte und sich namentlich auch darüber beschwerte, daß der Unterrichter, welcher die Anklägerin bereits unbedingt abgewiesen hatte, ein zweites Endurtheil in der nämlichen Sache gegeben habe.

Das Hofgericht erkannte hierauf am 13. Dezember 1842 zu Recht: es sei das amtliche Urtheil unter Verfällung der Appellatin in die Kosten beider Instanzen wieder aufzuheben.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß von Wiederaufnahme einer Untersuchung, welche nicht die Ueberführung des Angeschuldigten zur Folge gehabt hat, nur in solchen Fällen die Rede sein kann, die sich zur Einschreitung von Amtswegen eignen, eine analoge Wiederaufnahme des Verfahrens über eine wegen mißlungenen Beweises rechtskräftig abgewiesene Ehrenkränkungsklage aber um so weniger statt findet, als es in diesem Falle an dem Grunde jener Maaßregel, dem öffentlichen Interesse allgemeiner Rechtssicherheit und der Erforschung materieller Wahrheit fehlt;

In Erwägung, daß, wenn man die Erklärung der Klägerin vom 6. September als eine Bitte um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neuaufgefundener Beweismittel betrachtet, die Wiederaufnahme der Verhandlungen sich gelichfalls nicht rechtfertigt, weil das Rechtsmittel der Restitution, wie jedes andere, durch eine positive gesetzliche Bestimmung zugelassen sein müßte; allein weder das Gesetz vom 28. Dezember 1831 über die Bestrafung der Ehrenkränkungen, noch die dazu gehörige Vollzugsverordnung vom 17. Februar 1832 der Restitution erwähnt, letztere vielmehr unter denjenigen Paragraphen des Preßgesetzes, welche dem Verfahren in Ehrenkränkungssachen zum Grunde gelegt werden sollen, den von der Wiederherstellung handelnden §. 85 nicht aufführt, wozu noch kommt, daß dieser Paragraph nur dem Angeklagten, nicht auch dem Ankläger Restitution einräumt ꝛc.

Anmerkung. Zur Unterstützung dieser Ansicht könnte man vielleicht noch den weiteren Grund anführen, daß die Appellation bei einfachen Ehrenkränkungen das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweise gestattet, während der §. 81 des Preßgesetzes dieß ausdrücklich verbietet, dagegen aber der §. 85 die Wiederherstellung zuläßt. Hätte nun in obigem Fall die Anklägerin, statt das erste Erkenntniß rechtskräftig werden zu lassen, die Appellation ergriffen, und dabei die neuen Beweise angetreten, so würde sie ohne Zweifel obgesiegt haben. Bayer.

IV.

Ueber die Bestrafung der Garten- und Felddiebstähle.

Die Bestrafung derartiger Diebstähle †), welche allemal Gewinnsucht voraussetzen und sich in so fern von bloßen

*) Da nach Anhangsatz 256 das minimum der Strafe der leichtsinnigen Zahlungsflüchtigkeit in einem Monate Gefängniß besteht, so können keine Recurse gegen amtliche Erkenntnisse vorkommen, denn da die amtliche Competenz nur bis zu 4 Wochen Gefängniß reicht, haben nach Anhangssatz 256 über die leichtsinnige Zahlungsflüchtigkeit in erster Instanz immer die Hofgerichte zu erkennen. D. Red.

†) Ueber das Object derselben Vergl. Archiv für Rechtspflege ꝛc. Band IV. S. 20—28. D. E.

Digitized by Google

Feldfreveln unterscheiden, unterliegt verschiedenen Behörden.

Die authentische Interpretation vom 24. Januar 1805 verweist im §. 6 Dritte Felddiebstähle zum peinlichen Erkenntniß an die Hofgerichte.

Der §. 73 lit. c des Strafedikts überläßt die Abwandlung der ersten Diebstähle dieser Art an unläugbaren Thätern (d. h. solchen, die keiner Ueberweisung bedürfen) durch die Stellung in die Geige mit Umhängung des Gestohlenen ꝛc. den Ortsvorgesetzten vorbehaltlich des Recurses an die Aemter, und weist die zweiten den Letzteren zum Erkenntniß zu.

Durch die Erläuterung Nr. 76 zum §. 76 des Strafedikts werden erste und zweite gemeine Felddiebstähle den polizeilich diebischen Freveln beigezählt.

Inhaltlich einer von dem Ministerium des Innern ausgegangenen Bekanntmachung wurde jedoch durch Staatsministerialentschließung vom 26. Juni 1823 Nr. 1435 die Erkennung der Geigenstrafe wegen eines Garten- oder Felddiebstahls den Ortsvorgesetzten entzogen und die Bestrafung dieser Vergehen der ordentlichen Gerichtsbehörde überwiesen, sofort den Ersteren die Weisung ertheilt, sich für die Zukunft der Verhängung jeder derartigen Strafe zu enthalten und sich auf die Anzeige solcher Vergehen bei der Gerichtsbehörde zu beschränken. Reg. Bl. von 1823 Nr. 17 S. 87.

Dagegen sagt ein Erlaß des nämlichen Ministeriums vom 14. Juli 1832 Nr. 9437:

„Die Geigenstrafe für Felddiebstähle sei durch die höchste Entschließung vom 26. Juni 1823 abgeschafft worden und über die Frage: wem nun die Bestrafung der erstmaligen Felddiebstähle überhaupt zukomme? nach einer Resolution aus Großherzogl. Staatsministerium vom 4. April 1832 Nr. 1230 nur der §. 51 der Gemeindeordnung, als das neuere Gesetz, für maaßgebend zu erachten. Hier müßten derartige Diebstähle, da sie nach dem §. 76 der Erläuterungen zum Strafedikt unter die Polizeifrevel gehören, im Allgemeinen der Competenz der Bürgermeister unterliegen und nur, wo sie in einzelnen Fällen eine nach dem §. 51 der G. O. ihre Competenz übersteigende höhere Strafe angemessen fänden, hätten sie die Sache dem Bezirksamt zum Erkenntniß abzugeben ꝛc. Anzeigeblatt für den U. R. Kr. von 1832 Nr. 65.

Da indessen weder das eine noch das andere dieser Rescripte gesetzliche Kraft hat, so scheint nur so viel richtig zu sein:

1) daß die Geigenstrafe wegen erster Garten- und Felddiebstähle an unläugbaren Thätern erst durch den §. 51 der G. O. vom 31. December 1831 in so fern aufgehoben sei, als dort, nach Normirung der bürgermeisteramtlichen Befugniß zur Erkennung von Geld- und Gefängnißstrafen, gesagt ist: „Andere und besonders Ehren verletzende Strafen dürfen nicht erkannt werden."

2) Daß nunmehr die genannten Vergehen von den Bürgermeistern entweder mit 48stündigem Gefängniß oder mit Geldstrafen, und zwar in Städten bis zu 5 fl., in Landgemeinden hingegen nur bis zu 2 fl. geahndet werden können;

3) daß aber die Bezirksämter nur jene ersten Felddiebstähle, welche zur Ueberweisung des Thäters ein Untersuchungsverfahren nöthig machen, vor ihr Forum ziehen und auch jetzt noch mit der Geigenstrafe belegen dürfen, weil die hierauf bezüglichen Vorschriften des Strafedikts und der authentischen Interpretation vom 24. Jan. 1805 auf verfassungsmäßigem Wege nirgends außer Wirksamkeit gesetzt sind; endlich

4) daß bei zweiten Garten- und Felddiebstählen von den Aemtern neben der Ausstellung, wofür überall keine andere Strafe subsituirt ist, als Surrogat der abgeschafften körperlichen Züchtigung bürgerliches Gefängniß zu dictiren sei, welches durch Hungerkost oder Dunkelarrest geschärft werden kann.

Daß übrigens die beiden Rescripte von 1823 und 1832 ihrem Wortlaute nach mit einander im Widerspruch stehen, leuchtet von selbst ein. Bayer.

V.

Gegen interlocutoria mixta ist die Appellation sogleich zulässig.

Nach §. 405 und 406 der Proceßordnung findet gegen Beweiserkenntnisse kein Rechtsmittel statt, sie werden nicht rechtskräftig und der Richter, der sie erließ, kann selbst wieder davon abgehen.

Diese Bestimmungen sind Folgen des Satzes 402, wornach in Beweiserkenntnissen die Rechtsfolgen, die mit der Führung oder Nichtführung des Beweises verbunden seien, nicht ausgedrückt werden. Es sind interlocutoria *mera*.

Digitized by Google

Anders verhält es sich mit den Erkenntnissen auf Eid. Hier werden die Folgen des Schwörens oder Nichtschwörens nach §. 379 sogleich ausgedrückt. Es sind interl. mixta, und darum findet dagegen sogleich die Appellation statt, denn das strittige Recht ist bedingt schon ab- oder zuerkannt, folglich ist die Voraussetzung des §. 1172 vorhanden. Eben so verhält es sich, wenn in Ganten nach §. 892 im Ganturtheil zugleich über einige Forderungen erst auf Beweis erkannt, zugleich aber die Rechtsfolge, je nach der Führung oder Nichtführung des Beweises, ausgesprochen, also die Foderung bedingt ab- oder zuerkannt wird. Auch hier ist ein interl. mixtum vorhanden, und es muß die Appellation statt finden.

Dasselbe gilt nun, wenn in andern Fällen (obgleich gegen die gesetzliche Vorschrift) der Richter bedingt, je nach einer Beweisführung oder sonst einem Ereignisse sich schon über den davon abhängigen Rechtsanspruch selbst ausspricht. Von diesem Gesichtspunkte aus wurde in einem Falle, wo das Amt auf ein nach §. 695 der Proceßordnung angebrachtes Erbieten zur Kautionsleistung und Gesuch um Aufhebung des bereits für gerechtfertigt erkläeten Arrestes erkannte:

1) der implorirende Arrestbeklagte habe die Summe von 1000 fl. als Kaution zu hinterlegen,

2) auf Vorlage des Hinterlegungsscheines sei alsdann der Arrest wieder aufzuheben, —

sowohl die Appellation als die Oberappellation zugelassen.

Man nahm nämlich an, es sei hier bedingt, sofern nämlich der Beklagte die Hinterlegung nachweise, über die Arrestaufhebung, also über den Streitgegenstand schon definitiv erkannt.

D. Red.

VI.

Die peinlichen Gerichtsstände.

(Nachtrag zu der Abhandlung in Nr. 48 der Annal. v. 1842).

Der Artikel 4 des Gesetzes vom 22. Juni 1837 Regierungsblatt Nr. XX. bestimmt:

„Verlangt bei einer Defraudation oder der Uebertretung eines Ein-, Durch- oder Ausfuhrverbots Angeschuldigte die Untersuchung und Aburtheilung in gerichtlichem Wege, so ist das Untergericht des Bezirks, in welchem derselbe angehalten, oder, wenn man seiner nicht habhaft wurde, — das Vergehen verübt worden ist, jedenfalls der untersuchende und, wenn die auf das angezeigte Vergehen gesetzte Strafe die unterrichterliche Strafgewalt nicht überscheitet, auch der erkennende Richter ꝛc.

Hier geht also, bei Inländern wie bei Ausländern, das Forum deprehensionis dem Gerichtsstand des begangenen Verbrechens in der Regel vor, während bei anderen Verbrechen und Vergehen der umgekehrte Fall eintritt, und der Gerichtsstand der Ergreifung sonst nur gegen Ausländer und Vaganten wegen auswärts begangener Verbrechen zur Anwendung kommt.

Ein Rescript des großherzoglichen Justizministeriums vom 7. Juni 1839 Nr. 2660 verordnet weiter:

„daß in Fällen, wo weder die Anhaltung von Contravenienten erfolgte, noch der Ort der Verübung des Vergehens bereits bekannt ist, das Untergericht des Bezirks, in welchem das Vergehen entdeckt wuede, die Untersuchung zu übernehmen, und die sich ergebenden Verdachtsgründe in so lange zu verfolgen habe, bis sich heraus stelle, daß dasselbe in einem anderen Amtsbezirk begangen worden sei."

Diese unbestreitbar zweckmäßige Verfügung beruht ohne Zweifel auf dem in unserer Gesetzgebung mehrfach sanctionieten Prinzip, daß in Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, der nächste, wenn sonst auch unzuständige Richter diejenigen provisorischen Maaßregeln treffen soll, welche den Umständen angemessen sind.

Außerdem ist durch einen Erlaß des nämlichen Ministeriums vom 7. Dezember 1838 Nr. 5150 angeordnet: daß die von den Aemtern, ohne gleichzeitige Bestimmung der stellvertretenden Gefängnißstrafe, oder von den Finanzbehörden (innerhalb der Gränzen ihrer Competenz) erkannten Geldstrafen, im Falle der Unbeibringlichkeit, von den Untergerichten des Wohnorts der Verurtheilten in Gefängnißstrafen verwandelt weeden sollen.

Es gibt demnach in Steuer- und Zollstrafsachen einen besonderen Gerichtsstand der Strafverwandlung gegen Inländer, welche so anzusehen sind, als hätten sie im Ausland ein Verbrechen begangen. Die Zweckmäßigkeit dieses Gerichtsstandes liegt auf flacher Hand.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Druckee und Verleger: Gh. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 2. Karlsruhe den 14. Januar 1843.

I.

Die Verhältnisse der obergerichtlichen Praxis, Erwiederung auf die Aufsätze in Nr. 357 von 1842 und Nr. 3 vom Jahrgang 1843 der Karlsruher Zeitung.

Die beiden oben genannten Artikel machen folgende Berichtigung nothwendig:

Nach der Taxordnung von 1803 hatten alle Schriftverfasser, zu welchen auch die bei andern Gerichten angestellten Procuratoren zu rechnen waren, nur die Gebühren für ihre Schriftsätze, die Procuratoren bei den betreffenden Gerichten neben den Einreichgebühren die arrha und die Gebühr für die Vollmacht zu beziehen. Die Arbeit des Procurators hatte keinen Einfluß auf das Schicksal des Processes, es war daher natürlich, daß es die Parthieen ihren eigentlichen Sachwaltern überließen, sich selbst einen Procurator zu wählen und auf diesen die von ihnen unterzeichnete Vollmacht auszustellen.

Schon hiernach gestaltete sich das ganze Verhältniß des Procurators weniger als ein Verhältniß zur Parthie, sondern als ein Verhältniß zum Schriftverfasser, der in der Regel auch die Zusendung der Vorschüsse und den Einzug der Deserviten besorgte, so daß die Parthie oft den Namen ihres Procurators gar nicht erfuhr, und nicht zu erfahren brauchte.

Die Natur dieses Verhältnisses brachte es mit sich, daß dasselbe von den allein dabei Betheiligten, dem Schriftverfasser und Procurator, geregelt wurde und daß der erstere, der dem letzteren einen müheloſen Vortheil zuwendete, dabei die gewichtigere Stimme hatte. So kam es bald zur Theilung der arrha, der Vollmachtgebühren und dergleichen, was sich der Procurator theils aus Billigkeit, theils weil er seine Abhängigkeit von dem Schriftverfaßer wohl fühlte, gern oder ungern gefallen ließ.

Durch die Einführung der neuen Proceßordnung wurde aber das frühere Verhältniß, namentlich beim Oberhofgericht, wo keine neue Thatsachen und keine neue Beweismittel mehr vorgebracht werden dürfen, rein umgewendet. Die schriftliche Instruction der Proceſſe fällt auf Seiten des appellatischen Theils in der Regel weg, und erfordert auch von Seiten des Appellanten nur eine sehr mäßige Arbeit. Was früher gleichgültig war, die Person des Procurators, ist jetzt von der größten Wichtigkeit für die Parthieen; dieser Unterschied wurde auch von den meisten Schriftverfassern gehörig gewürdigt, denn mit der neuen Proceßordnung trat vielfach ein Wechsel in der Person des Procurators ein, und die obergerichtliche Praxis kam größtentheils in die Hände der fähigern Anwälte. Dagegen blieb bei ältern und neueren Geschäftsverbindungen, gleichsam zum Zeichen der Abhängigkeit des Procurators vom Schriftverfasser, immer einige Theilung von solchen Gebühren bestehen, welche gesetzlich dem Procurator allein gehörten, und welche er dem Schriftverfasser nur deswegen zukommen ließ, weil er den Verlust eines großen Theils seiner Praxis zu befürchten hatte, wenn er in diesem Punkt nicht nachgab.

In der Regel blieb es bei der Theilung der arrha, zu welcher jedoch bald die Theilung der Vollmachtsgebühr hinzu kam. Es gab übrigens auch Schriftverfasser, welche neue Concessionen nicht nur an Gebühren, sondern auch in anderer Beziehung in Anspruch nahmen, welche namentlich begehrten, die Procuratoren müßten ihnen den Einzug ihrer Deserviten überlassen, und sich aller Correspondenz mit den Parthieen enthalten. Die große Concurrenz unter den Mannheimer Procuratoren (es sind jetzt deren 34, von welchen nur 3 keinen Antheil an der Praxis nehmen) ließ

nun mit Grund befürchten, daß auch solchen Anforderungen nachgegeben werden, und die Procuratoren zu Handlangern der auswärtigen Anwälte herabsinken würden. Jetzt erst wurde das bisherige Verhältniß der Abhängigkeit lebhaft gefühlt, und auf Mittel gedacht, demselben vereint entgegen zu treten. So gewiß es nun ist, daß die Mannheimer Anwälte ihren auswärtigen Collegen den Einfluß nicht nehmen können, welchen sie vermöge ihrer Bekanntschaft mit den Parthieen immer haben werden, so gewiß ist es auch, daß die Mannheimer Anwälte kein anderes Mittel hatten, jenen Einfluß, so viel es in ihren Kräften stand, zu beseitigen, als eine Vereinigung darüber:

1) von ihren eigenen Gebühren den Schriftverfassern nichts mehr zukommen zu lassen, 2) alle Notifikationen an die Parthieen selbst ergehen zu lassen, und 3) ihre Deserviten selbst einzuziehen. Denn nach dieser Vereinigung können sie sich, den neuesten Anforderungen gegenüber, sagen: Wir verdanken unsere Praxis uns selbst, und nicht dem Nachlaß von Gebühren. Wir sind die Anwälte der Parthieen, welche uns, wenn auch auf fremde Empfehlung hin, bevollmächtigt haben; wir lassen auch nicht den Schein aufkommen, als hätten wir nur als die Bevollmächtigten von Mittelspersonen gehandelt.

Dies ist der einfache Hergang der Sache, dies sind die Motive der Uebereinkunft.

Sympathieen im Publikum hervorzurufen, war keineswegs die Absicht; vielmehr wurde der Antrag, den Inhalt der Uebereinkunft in Zeitungen zu veröffentlichen, mit eminenter Stimmenmehrheit verworfen, weil man der Ansicht war, die Sache gehöre nicht vor das große Publikum, und aus dem nämlichen Grund erscheint diese Berichtigung nicht in einer Zeitung, sondern in diesen Blättern. Dagegen wurde beschlossen, sämmtliche badische Advokaten und Schriftverfasser von dem Inhalt der Uebereinkunft durch Circulare in Briefform in Kenntniß zu setzen, was in Kurzem geschehen wird. Es ist daher zu verwundern, daß der Artikel in Nr. 357 der Karlsruher Zeitung überhaupt erschienen ist, es ist doppelt zu verwundern, wie in diesem Artikel von „Unfug, von Verlaufen der Parthieen an den Wenigstnehmenden", womit gerade den Mannheimer Anwälten das schlechteste Compliment gemacht wird, die Rede sein konnte. Ebenso wenig verdienen aber auch die Mannheimer Anwälte den Vorwurf, als hätten sie sich durch verwerflichen Eigennutz bestimmen lassen. Denn 1) kann man diesen Vorwurf Demjenigen nicht machen, der nur das will, was ihm gesetzlich gebührt, und was ein Anderer selbst billigerweise nicht anzusprechen hat; 2) waren nach dem obigen viel wichtigere Gründe, nämlich die Aufrechthaltung der Unabhängigkeit und somit der Ehre des Standes die leitenden, der Geldpunkt dagegen nur zufällig der Punkt, bei dem sich die Sache zunächst anfassen ließ, trotz dem aber nicht der hauptsächliche, und einzige, welcher hervorgehoben wurde, und 3) wagten die Anwälte, von welchen der Vorschlag ausging, mehr als die kleinen Gebühren, welche sie bis dahin abgaben, wenn die abgeschlossene Uebereinkunft das Mißfallen ihrer auswärtigen Collegen treffen sollte. Das nämliche wagen alle diejenigen, welche Geschäftsverbindungen hatten und unbedingt beigetreten sind, denn jenes Mißfallen kann gerade sie treffen, wenn auch eine Veränderung in der Person des Procurators den auswärtigen Anwälten keinen Vortheil bringt, was aber immer noch von ihnen abhängt, da immerhin zwei nicht beigetreten sind. Sie wagten es im Vertrauen auf das Billigkeits- und Pflichtgefühl ihrer auswärtigen Collegen.

Was den Vortheil der Parthieen betrifft, so liegt dieser schon in der unabhängigeren Stellung ihrer Sachwalter. Er liegt weiter darin, daß die auswärtigen Anwälte bei der Wahl des zu empfehlenden Procurators nichts mehr bestimmen kann, als was die Parthie selbst bestimmen würde, nämlich die Fähigkeit und Zuverlässigkeit des zu Wählenden, daß die Parthieen in Zeiten erfahren, wer ihre eigentlichen Vertreter sind, und daß diesen nicht untersagt werden darf, ihnen über den Stand ihrer Proceße, über die Zweckmäßigkeit zu versuchender Vergleiche, oder des Verzichts auf eingelegte Rechtsmittel u. s. w. die nöthigen Mittheilungen zu machen.

Die geistigen Interessen ihres Standes sind auch den Mannheimer Anwälten nicht fremd, und wenn viele derselben an einem größern Verein zur Verwirklichung auf die geistigen Interessen gerichteter Wünsche keinen Theil nehmen wollten, so lag der Grund darin, daß sie unsere Zeit hiezu nicht für geeignet fanden, und vorzogen, vor der Hand auf eine gesetzliche Organisation ihres Standes und zwar so lange zu verzichten, bis eine entsprechende Veränderung zu erwarten steht.

Uebrigens hat die Vereinigung der Mannheimer Anwälte mit dem erwähnten Vertrag noch nicht ihr Ziel

Digitized by Google

erreicht, es sollen vielmehr auch ferner monatliche Zusammenkünfte zur Besprechung gemeinschaftlicher Angelegenheiten stattfinden, was schon früher vielfach in Anregung gebracht wurde, aber immer daran scheiterte, daß man den Anfang mit großen Statuten machen wollte. Auf keinen Fall dürfte es unpassend genannt werden, daß mit einem Gegenstand, der die Unabhängigkeit und die Ehre des Standes angeht, der Anfang gemacht worden ist.

Hinsichtlich der Vorzüge des öffentlichen mündlichen Verfahrens sind die hiesigen Anwälte mit jenen in Sachsen und Würtemberg vollkommen einverstanden. Sie stehen aber auf einem ganz andern Boden, als diese.

In beiden Staaten bedarf es nämlich noch einer bedeutenden Einwirkung auf die öffentliche Meinung, zu welcher der Stand der Anwälte allerdings beitragen darf und beitragen muß. Denn in Würtemberg hat sich die zweite Kammer aus Unkenntniß gegen Oeffentlichkeit und Mündlichkeit ausgesprochen, in Sachsen hatte man in der ersten Kammer nicht einmal eine so starke Minorität erwartet.

In Baden dagegen ist öffentliches und mündliches Verfahren in Civilsachen bereits seit 10 Jahren eingeführt, für die Einführung des nämlichen Verfahrens in Criminalsachen hat sich längst eine feste Meinung nicht nur bei allen Sachverständigen, sondern auch beim ganzen Volk gebildet; die Kammern sind über die Frage selbst mit der Regierung eben so lange schon einig, der Entwurf einer auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens gegründeten Strafproceßordnung ist seit 1835 gedruckt, und dessen baldige Vorlage von der Regierung mehrfach zugesichert. Es fehlt daher nur noch an der Ausführung, auf deren Beschleunigung die Badischen Anwälte nach ihrer Stellung eben so wenig Einfluß üben können, als auf eine Veränderung in der Heerverfassung des deutschen Bundes.

Mehrere Mannheimer Anwälte.

II.

Hofgericht Freiburg.

Verschiedene Proceßfragen.

1) Endurtheil ohne Beweiserkenntniß.

In einem zum ordentlichen Verfahren geeigneten Falle erklärte der Kläger bei der ersten Verhandlung, daß er keinen andern Beweis als den Haupteid habe, den er auch sogleich in ganz passender Formel zuschob. Der Unterrichter erkannte sofort ohne Beweisauflage auf den vom Beklagten angenommenen Eid. Auf die Berufung des Klägers, der sich über Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens (§§. 393 und 396) beschwerte, erfolgte vom Oberrichter Bestätigung in Erwägung, 1) daß, nachdem der Kläger selbst erklärt hatte, er besitze ausser dem Haupteide keine Beweise, ein Beweiserkenntniß bei der unbestrittenen Beweispflicht eine nutzlose Formalität gewesen wäre; und daß 2) der Kläger eine ihm durch die Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschrift zugegangene materielle Beschwerung nicht behauptet hat.

2) Subjektive Klagenhäufung.

Eine Klage, worin die Erben zweier verschiedener Erblasser aus einem Steigerungsacte auf Ersatz derjenigen (genau bezeichneten) Ausstandsposten belangt wurden, welche sie dem Kläger mit vielen andern Ausständen um eine bestimmte Summe verkauft, aber schon vor dem Verkaufe eingezogen hatten, wurde nach der Vernehmlassung wegen unzulässiger Klagenhäufung verworfen (§. 359 der Proceßordnung). Der Beschwerdeführung des Klägers wurde Statt gegeben, und dem Unterrichter unter Aufhebung seines Beschlusses die weitere Verhandlung und Entscheidung aufgetragen, in Erwägung, daß die Aktivausstände der R. und J. Staiert'schen Erben nach den Vorträgen der Parteien in einem Akte zusammen um eine Summe an den Kläger als den Meistbietenden verkauft wurden, daß sonach die Voraussetzungen des §. 250 und resp. 93 der Proceßordnung zur Belangung jener Erben in einer Klage als vorhanden zu erachten sind.

3) Adhäsion.

Auf eine Erfüllungsklage aus einem Verkauf durch einen Bevollmächtigten wurde Auftrag und Verkauf vom Beklagten bestritten, und dem Letztern der über beide thatsächlichen Momente sich verbreitende zugeschobene Eid auferlegt. Auf die Appellation des Klägers wegen einzelner Bestimmungen in dem ersten Theile der Eidesformel (Auftrag), stellte der Beklagte eine Anschließungsbeschwerde dahin auf, daß er auch den zweiten Theil der Eidesformel (über den Verkauf) beschwören solle,

Digitized by Google

da doch zur Abweisung des Klägers schon die Ausschwörung des ersten Theils genüge. Der Gerichtshof erachtete diese Beschwerde für unzulässig, weil sie nicht dieselben Streitpunkte betreffe, die den Gegenstand der Appellation bilden (??). §. 1166 der Proceßordnung.

4) Zulässigkeit der Appellation bei einer Steuerexekution.

Die Steuerbehörde wandte sich mit dem Ansuchen an das Amt, wegen eines Rückstandes an indirekten Steuern im Vollstreckungsweg „gerichtlichen Beschlag" auf einen bezeichneten Aktivausstand der Schuldnerin zu verfügen. Dies geschah. Die Schuldnerin erhob jedoch eine Einsprache, worin sie vorbrachte, daß es an Einhaltung des gesetzlichen Verfahrens, an den Erfordernissen zur Anlegung eines Arrestes als Sicherheits- oder als Exekutionsmittels, fehle; und daß ferner bei noch nicht vollzogener Ehescheidung beziehungsweise Vermögensabtheilung zwischen ihr und ihrem geschiedenen Ehemann nicht auf diese, sondern auf das Gemeinschaftsvermögen gegriffen werden sollte. Es wurde deßhalb um Aufhebung des Arrestes gebeten. Das Amt verfügte: „daß die Arrestanlage nicht von diesseits aufgehoben werden könne." Dagegen appellirte die Klägerin. Der Anwalt wurde nach §. 1214 der Proceßordnung zur Nachweisung der Zulässigkeit dieses Rechtsmittels vorgeladen, und nach der Verhandlung die Appellation für unzulässig erkannt, weil hier nicht der Richter, sondern nur die Verwaltungsbehörden zu entscheiden hätten, das Amt auch nicht als Richter gehandelt habe.

Gegen diese Entscheidung möchte sich jedoch, auch abgesehen von der Frage, ob der §. 1214 in dieser Weise ausdehnend angewendet werden dürfe, erinnern lassen, daß das als Richter angegangene Amt wohl nur als Richter verfügte, seine Verfügung als Verwerfung eines Einhaltsgesuchs und somit auch das Rechtsmittel der Appellation zulässig erscheint. (§. 965 der Proceßordnung). Ob die Appellationsbeschwerde begründet sei oder nicht, ist eine andere Frage, die erst bei der Verhandlung in der Sache selbst zur Prüfung kommen könnte.

Zentner.

III.

Curiosum.

Die Klägerin, welche in Folge amtlichen Zwischenbescheids erweisen sollte: daß Beklagter des mit ihr unehelich vollzogenen Beischlafs zufällig überwiesen worden sei, producirte zu diesem Behufe drei Zeugen, erbot sich fürsorglich zum Erfüllungseid und schob außerdem für den schlimmsten Fall dem Beklagten den Haupteid nicht nur über den wirklich vollzogenen Beischlaf sondern auch darüber zu: daß er dabei dessen zufällig überwiesen worden sei.

Der Unterrichter erhob zwar den Zeugenbeweis, wieß aber, weil er denselben für mißlungen hielt, die Klägerin mit der angestellten Vaterschaftsklage noch zur Zeit ab, und zwar aus folgenden Gründen:

Den Haupteid betreffend.

Wenn auch dieser Eid bei unerlaubten Handlungen gesetzlich zulässig ist, so findet gleichwohl die Eideszuschiebung nur in den Fällen statt, wo ein Strafverfahren vorher eingeleitet und erledigt worden ist (§. 569 der Proceßordnung), was aber in dem vorliegenden Fall nicht eingetreten ist, weßhalb die Statthaftigkeit dieses Beweismittels noch zur Zeit nicht begründet ist, und daher der §. 360 der Proceßordnung zur Anwendung kommen muß. Annalen I. S. 192.

Den Notheid betreffend.

Auf einen solchen Eid kann richterlich nicht erkannt werden, weil bei dem Vorhandensein einer unerlaubten Handlung, welche Gegenstand des Schwures sein soll, die Klägerin nicht in der Lage ist, daß von ihr die Wahrheit ermittelt werden kann. §. 635 der Proceßordnung. —

Außerdem muß auch bei diesem Eid der §. 569 der Proceßordnung analogisch zur Anwendung gebracht werden.

Bayer.

*) Die Frage ist einfach die: ob das Amt als Richter oder ob es als Administrativbehörde handelte? — Ich halte das Erstere für richtig. Die Steuerexekutionsordnung vom 8. Juli 1817 gibt den Oberrinnehmereien das Recht, die Personal-Exekution gegen die Restanten selbst zu erkennen, weist sie aber, wenn Realexekution nöthig wird, mit ihrem diesfallsigen Gesuche an das Bezirksamt. Es wäre nun nicht einzusehen, warum die Oberrinnehmerei nicht die Realexekution selbst anordnen und leiten, sondern das Bezirksamt diesfalls angehen sollte, wenn das Gesetz nicht eine richterliche Dazwischenkunft beabsichtigt hätte, um da, wo es sich um einen wirklichen Zugriff auf das Vermögen des Schuldners handelt und wobei oft Rechte Dritter konkurriren, ein legaleres Verfahren zu sichern.

In Bezug auf Steuerschuldigkeiten steht sonst den Polizeibehörden eben so wenig ein Erkenntniß zu, als dem Richter; es wäre also, wenn man nicht diese richterliche Garantie beim Zugriff haben wollte, kein Anlaß vorhanden gewesen, die Polizeibehörde sich einmischen zu lassen, und die Steuerbehörden hätten, so wie die Entscheidung über die Steuerschuldigkeit, eben so auch die Anordnung und Leitung des Zugriffs selbst besorgen können.

Ist nun aber zu Letzterm der Richter kompetent, so hat er zwar die Steuerforderung, über die ihm kein Erkenntniß zusteht, als liquid anzunehmen, aber die Gesetzmäßigkeit des Zugriffsverfahrens zu handhaben, und wenn der Unterrichter einen Betheiligten hiebei verletzt, so steht diesem dagegen das nämliche Rechtsmittel an den Oberrichter zu, wie bei der Vollstreckung privatrechtlicher Urtheile.

Hätte es sich in dem obigen Falle nicht um die Vollstreckung auf einem Aktivausstand der Schuldnerin, sondern blos um die Beschlagnahme eines solchen zum Zwecke der Sicherung gehandelt, so wäre ohnehin ohne allen Zweifel nur der Richter kompetent gewesen, da den Steuer- oder Verwaltungsbehörden das Recht einer eigenen Arrestanlegung weder durch die Steuerexekutionsordnung, noch durch ein anderes Gesetz eingeräumt ist.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Gb. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro. 3. | Karlsruhe den 21. Januar 1843.

I.

Roßhirt. Das französische und badische Civilrecht. Heidelberg 1842.

Es ist ohne Zweifel eine erfreuliche Erscheinung, wenn auch gründliche deutsche Romanisten das französische bürgerliche Recht bearbeiten. Das römische Recht ist zum großen Theile die unmittelbare, und zu einem weitern Theile wenigstens die entferntere Quelle der französischen bürgerlichen Gesetzgebung. Die einfache logische Auslegung des Gesetzbuchs für sich selbst als eines isolirt stehenden Ganzen genügt jedenfalls für den Rechtslehrer nicht, ihm ist ein tiefes wissenschaftliches Durchdringen der verschiedenen Rechtsmaterien nöthig, er hat die Resultate, die eine grammatikalische und logische Untersuchung der gesetzlichen Bestimmungen, die analytische und synthetische Bearbeitung derselben liefert, mit den Prinzipien und Folgesätzen desjenigen Rechtssystems zu vergleichen, auf welches der neue Code nun aufgebaut ist. Gelangt man auf dem einen Wege zu den gleichen Resultaten, die man auf dem andern Wege gefunden hat, so liegt hierin eine Gewähr für die Richtigkeit derselben. Ergeben sich Dissonanzen, so ist ihre Quelle zu erforschen, es ist zu trachten, den Einklang oder den Grund der Verschiedenheit zu ermitteln.

Arbeiten, die vorzugsweise den einen, und Arbeiten, die vorzugsweise den andern Weg eingeschlagen haben, sind daher beide gleich willkommen, sie ergänzen sich gegenseitig.

Daß der Verfasser der oben angeführten Schrift mehr den Weg der historischen Forschung einschlug, bedarf kaum der Erwähnung.

Nach der Vorrede soll das Ganze 5 Bände erhalten. Im ersten Bande soll

„das unmittelbare Recht an Liegenschaften mit Rücksicht auf die beweglichen Sachen dargestellt werden; im zweiten Bande das materielle Recht an den Sachen und die andern Verbindlichkeiten; im dritten Bande Civilstand und Familienrechte; im vierten Bande Erbrecht und Schenkung; im fünften Bande der Uebergang in den Proceß."

Bisher erschienen nun:

des ersten Bandes erste Abtheilung mit der Ueberschrift: „Einleitung. Vermögensrechte im Allgemeinen. Besitz und Eigenthum insbesondere" —

sodann:

der fünfte Band mit der Ueberschrift: „Allgemeine Sätze über die Anwendung des Civilrechts außer den Gerichten und in den Gerichten."

Der erste Band beginnt mit 3 Abhandlungen als allgemeiner Einleitung. Die erste derselben enthält viele einzelne Bemerkungen über Codifikation, über die subsidiäre Kraft des römischen Rechts, über blos logische oder zugleich historische Interpretation, über einige besondere Eigenthümlichkeiten des Code im Erbrecht und im Familienrechte.

Die Ansicht von dem römischen Rechte als raison écrite hält der Verfasser für die Ursache des Zerfalls der Rechtswissenschaft in Frankreich, da jene Ansicht dahin gehe, daß das römische Recht nur dann gelte, wenn es „an der Vernunft geprüft und von ihr anerkannt und zweckmäßig befunden werde, ex arbitrio singulorum, wobei es zum Theil alle Objektivität verliere."

Der von Portalis ausgesprochene Gedanke, römisches Recht, Gewohnheiten und Ordonanzen in eine Einheit zu

Digitized by Google

bringen, wäre zu billigen gewesen, er sei aber in der Ausführung wieder verlassen worden, weil man großentheils das Historische aufgeben und der Nation zu jener Zeit das Geerbte gewissermaßen ersparen wollte.

In der zweiten Abhandlung spricht der Verfasser über den Zustand des französischen Rechts und über den usus vor dem code, so wie über die Geschichte des code.

Die wichtigsten und größtentheils nachtheiligen Aenderungen des alten Rechtszustandes machte der code im Pfandrecht, im Eherecht, (durch Trennung von der Kirche), im Erbrecht und in der Verjährung.

Den Motiven, Berichten und Diskussionen bei Bearbeitung des code legt der Verfasser kein großes Gewicht bei. Sie dienen nicht, um den Geist des Ganzen zu beurtheilen, sondern nur um einzelne Stellen grammatisch besser zu verstehen.

Bei einer Vergleichung des Oberhofgerichts in Baden mit dem Cassationshof in Frankreich bemerkt der Verfasser, daß bei dem Ersteren die Parteien nicht um das jus in thesi, sondern um das Recht in concreto Proceß führen.

Indessen möchten die deutschen Oberappellations-Gerichte, in deren Aussprüchen zwar über das concrete Recht entschieden, zugleich aber eben zu diesem Zwecke immer auch das Recht in thesi entwickelt und festgestellt wird, hinsichtlich der Herbeiführung einer möglichen Rechtseinheit dieselbe Wirksamkeit haben, wie der Cassationshof, da ja auch die Aussprüche des Letztern für künftige Fälle keine positive Norm geben, und die „innere auctoritas", die „vis rerum similiter judicatarum" noch stärker sein mag, wenn der oberste Gerichtshof das Recht hat, das Urtheil in concreto nach seiner Rechtsansicht sogleich selbst abzuändern, als wenn er die Sache zur nochmaligen Aburtheilung nur an ein anderes Untergericht verweisen darf*).

*) Wenn die Oberappellations-Gerichte in Deutschland nicht nur die Frage prüfen dürfen (wie der Cassationshof), ob die Richter der vordern Instanzen das Gesetz verletzt (gegen das Verfahren oder gegen das jus in thesi gefehlt haben)? — sondern auch, ob sie die Beweisfragen richtig gelöst oder überhaupt da, wo ein richterliches Ermessen eintritt, davon einen entsprechenden Gebrauch gemacht haben? — so liegt kein Grund vor, warum die gleichzeitige Einräumung der letztern Befugniß die Wirksamkeit schwächen sollte, welche ihnen die erstere Befugniß (in gleichem Maaße, wie dem französischen Cassationshofe) in Bezug auf die Rechtseinheit verschafft.

Darum scheint mir auch die Behauptung des Verfassers zu weit zu gehen, daß „es vergeblich sei, einzelne arrêts zu sammeln, und noch vergeblicher, eigene Sprüche (der Badischen Gerichtshöfe) bekannt zu machen, die weit hinter dem praktischen Geiste der Franzosen zurückstehen."

Abgesehen von dem Einflusse, den die Sprüche höherer Gerichte (insbesondere wenn sie wiederholt und in den verschiedenen Senaten die nämliche Rechtsansicht aufstellen und begründen) auf die größere Rechtseinheit bei den untergeordneten Gerichten haben mögen, wird die verbreitete Kenntniß derselben, wenn ihre Begründung gut ist, wenigstens als wissenschaftliches Material Werth haben, und andernfalls die Abwege der Praxis, der man dann entgegen arbeitet, aufdecken, oder endlich die Lücken der Gesetzgebung selbst klarer machen.

Eine Dogmatik des Rechts, wie sie der Verfasser nöthig hält, ist allerdings von hohem Werthe, allein mir scheint, man müsse, wie ich schon oben im Eingange bemerkte, auf verschiedenen Wegen zusammenwirken, daß

Nur das Erforderniß der Oberappellationssumme, das übrigens in Deutschland nirgends sehr groß ist, macht hierin einigen Unterschied.

Indessen hätte man in Frankreich, das nur einen Staat bildet, ein übermäßig großes Collegium errichten und in gar zu viele Sektionen abtheilen müssen, wenn man demselben nicht nur die Cassationsfälle, sondern überhaupt die Erledigung von Beschwerden jeder Art hätte zuweisen wollen; oder man hätte die Beschwerdesumme gar zu hoch stellen müssen, wodurch wieder der Gesichtspunkt der Rechtseinheit Noth gelitten haben würde.

Ein anderer Grund der Beschränkung der Befugnisse des Cassationshofs dahin, daß er nur kassiren darf, die Entscheidung über das concrete Recht der Parteien aber alsdann wieder an einen andern Richter zu verweisen hat, liegt in der französischen Eifersucht gegen die Gewalt. Es soll kein Richter, ohne einer weiteren Anfechtung zu unterliegen, gleichsam als unfehlbar über die Rechte der Parteien entscheiden. Die Urtheile der Gerichtshöfe sollen der Cassation unterliegen, und der Cassationshof soll in der Sache selbst kein Erkenntniß geben, sondern nur kassiren, und das weitere Erkenntniß einem andern Gerichte (vorbehaltlich abermaliger Cassation) zuweisen. Diese letztere Gesichtspunkt ist nun aber bei den Cassationshöfen von Rheinbaiern, Rheinhessen und Rheinpreußen verloren gegangen, indem diese deutschen Cassationshöfe zugleich zu Revisionshöfen konstituirt wurden, welche, wenn sie kassirt haben, statt der Rückweisung des Falles an ein anderes Gericht sogleich in der Hauptsache selbst das Erkenntniß geben.

Digitized by Google

unſer Recht eine Wiſſenſchaft, daß es nach ſeinem Geiſte, nach zuſammenhängenden Prinzipien, entwickelt werde, und auf ſolche Weiſe auch in das Leben übergehe.

In der dritten Abhandlung der allgemeinen Einleitung ſpricht der Verfaſſer von der Rechtsſitte, von dem im code nur noch ſehr beſchränkt anerkannten Gewohnheitsrechte, von der jurisprudence und vom Geſetze als von der jetzt noch einzigen Quelle des Rechts, — ſodann von der Richtigkeit in Anwendung des Geſetzes, und von der Wirkſamkeit des Caſſationshofes.

In der darauf folgenden Einleitung in das Vermögensrecht des code wird das Syſtem des Geſetzbuches in Bezug auf Vermögensverhältniſſe dahin aufgeſtellt:

I. Recht an Liegenſchaften. Die unbeweglichen Sachen an ſich, und die Rechte, die als ſolche gelten.

a. Eigenthum,
b. Nutznießung,
c. Nutzung und Wohnung,
d. Grundgerechtigkeiten.

II. Verbindlichkeiten, und zwar:

a) an beweglichen Sachen, ſowohl im Genuſſe derſelben theils zum Eigenthum theils zur Nutzung, wie auch zum Fauſtpfande,

b) auf das Einräumen unbeweglicher und beweglicher Sachen (dare, aber auch tradere zum Leihen, Pachten ꝛc., obgleich die Franzoſen das tradere unter dem Geben nicht verſtehen),

c) auf das Thun und andere Leiſtungen (facere).

Der Verfaſſer ſtellt die Verſchiedenheit der Tranſcription im franzöſiſchen von jener im badiſchen Rechte auf. Ohne nähere Begründung erklärt er es (S. 54) am vernünftigſten, alles, was ſich in der badiſchen Geſetzgebung auf das Grundbuch bezieht, zu ſtreichen. Dieſer Vorſchlag dürfte in Baden wohl wenig Anklang finden, und ſicher würden wenige unſer Syſtem, welches auch in andern deutſchen Ländern, insbeſondere in Oeſterreich, ähnlich beſteht, mit der linkörheiniſchen Unſicherheit des Erwerbs von liegenſchaftlichem Eigenthum vertauſchen.

Nachdem der Verfaſſer nun noch von den Pfandinſcriptionen, von den unbeweglichen Sachen und Rechten, vom Eigenthum an Sachen und vom Obligationenrechte an Sachen gehandelt hat, geht er zum ſpeziellen Theile über, und handelt im erſten Hauptſtück von dem Beſitze im Allgemeinen.

Bei den Erforderniſſen der Beſitzklage tadelt er (mit Recht) den Ausdruck „Beſitzhandlungen" im §. 750 der badiſchen Proceßordnung als ungenau, da er für die offenen ſelbſtſtändigen Dienſtbarkeiten, wo das bloße Daſein der Vorrichtungen den Beſitz ausmache, nicht genüge, und deshalb derſelbe nach der Buchſtabenjurisprudenz vieler Gerichte zu irriger Geſetzesanwendung führe.

Die dreierlei Richtungen des Beſitzes beziehen ſich auf Schutzklagen, auf Verjährung und auf den Früchtegenuß. Hinſichtlich der Schutzklagen findet der Verfaſſer in der franzöſiſchen Geſetzgebung eine Verbindung des römiſchen und germaniſchen Rechts, — hinſichtlich der Verjährung den Beſitz nach römiſchem Recht, und hinſichtlich des Früchtegenuſſes einen neuen Gedanken.

Der Verfaſſer tadelt den Artikel 691, wornach bei den verborgenen und bei den unſtändigen Dienſtbarkeiten keine Erſitzung mehr ſtatt findet, will aber dieſem Satze nicht die Wirkung der Unzuläſſigkeit von Beſitzklagen zugeſtehen. Zwar könne von der Zuläſſigkeit der Erſitzung auf die Zuläſſigkeit der Beſitzklagen geſchloſſen werden, aber nicht umgekehrt. Der Verfaſſer tadelt daher den §. 747 der badiſchen Proceßordnung, wornach bei den nicht verjährbaren Dienſtbarkeiten zu Beſitzklagen nicht blos pro coloranda possessione die Beſcheinigung eines Titels, ſondern aus einem Mißverſtändniſſe der wirkliche Beweis desſelben gefordert werde, alſo der Beweis vom Titel und vom Beſitz gleichzeitig, folglich mehr als zu einer petitoriſchen Klage *).

In einem Anhange zum erſten Hauptſtück ſind noch einige geſchichtliche Bemerkungen über franzöſiſche Schriftſteller zur Lehre vom Beſitze vorgetragen.

Das summarissimum und die novi operis nunciatio, deren fortdauernde Gültigkeit in Frage geſtellt wird, finden für Baden in der Proceßordnung §. 759 und §. 709 u. ff. ihre Regelung.

Das zweite (vom Eigenthumsrecht handelnde) Haupt-

*) Auf einer andern Seite aber auch weniger, da der Kläger wohl ſeinen Erwerbstitel, nicht aber auch das Eigenthum des Autors zu beweiſen hat, und die Einrede des Beklagten, daß das Recht vom non dominus bewilligt ſei, ſo wie überhaupt jede den Rechtsſtand betreffende Einrede ad separ. verwieſen wird, wenn ſie nicht ſofort liquid gemacht iſt. §. 748.

Digitized by Google

stück hat 4 Abschnitte: 1) von der Natur des Eigenthums an unbeweglichen Gütern, 2) vom Eigenthumserwerb an Liegenschaften, 3) Vergleichung des Eigenthums an Liegenschaften mit dem Eigenthum an beweglichen Sachen und mit der Erwerbung desselben, 4) über die Klagen bei dem Eigenthum und über den Verlust desselben.

Im ersten Abschnitt werden die natürlichen und gesetzlichen Servituten abgehandelt. Es ist dabei vielfach in's Einzelne gegangen. Es ist insbesondere über die Wasserrechte, über die Grenzscheiden und Bauanlagen viel Interessantes gesagt.

Am Schlusse ist auch noch von den Beschränkungen des Eigenthums im Interesse des öffentlichen Wohls die Rede. Es ist das englische Verfahren, wo jeder einzelne Expropriationsfall durch ein besonderes Gesetz bestimmt wird, dem französischen Verfahren nach Maaßgabe des Gesetzes vom 8. März 1810, und jenem in Baden nach dem Gesetze vom 28. August 1835 gegenüber gestellt. Von dem neuern französischen Gesetze vom 7. Juli 1833 ist keine Notiz genommen, und eben so wenig von dem badischen Gesetze vom 29. März 1838 (Regierungsblatt S. 123—126), welches speziell für die Zwangsabtretungen zum Eisenbahnbau erlassen ist, während das Gesetz vom 28. August 1835 ohne Bezugnahme auf Eisenbahnen von den Zwangsabtretungen überhaupt handelt.

Im zweiten Abschnitte wird der Erwerb von liegenschaftlichem Eigenthum durch Vertrag, durch Erbschaft, durch Accession und durch Ersitzung abgehandelt.

Bei dem Erwerbe durch Vertrag ist wieder von der Transcription und vom badischen Grundbuche die Rede. Die badische Vorschrift wegen Eintragung in's Grundbuch bezieht der Verfasser nur auf Singularsuccessionen, hält sie daher bei Erbschaften nicht für nöthig.

Am umfassendsten und wichtigsten ist, was über den Erwerb durch Ersitzung, überall unter Vergleichung des römischen Rechts, gesagt ist: von Sachen, welche nicht ersessen werden können (res extra commercium, bewegliche Sachen und res merae facultatis), vom Stillstand der Verjährung (wobei der Satz: agere non valenti non currit praescriptio — nicht anwendbar sei), von der Ersitzung gegen Minderjährige, im ehelichen Verhältnisse und gegen Erbschaften, von den Erfordernissen des Besitzes als Grund der Ersitzung, und von der accessio possessionum.

Im dritten Abschnitte, wo die unbeweglichen Sachen im Gegensatze der beweglichen charakterisirt werden, findet der Verfasser in Bezug auf den Erwerb der beiderlei Sachen den Hauptunterschied nur in der Accession (adjonction, specification et commixtion).

Der vierte Abschnitt über die Klagen bei dem Eigenthum unterscheidet nur noch Besitz- und Eigenthumsklagen, wogegen die actio publiciana wegfällt. Uebrigens spricht der code formell nicht mehr von Klagen.

Bei dem Verluste des Eigenthums handelt der Verfasser von 3 Arten der Dereliction: vom Verzicht auf das Miteigenthum an einer gemeinschaftlichen Mauer (S. 656), vom Verzicht des Nutznießers oder Servitutberechtigten (S. 622), vom Verzicht auf das Pfandrecht (S. 2180). In Bezug auf die Erlassung einer Schuld erklärt sich der Verfasser (wie die Praxis auch überall annimmt) dafür, daß sie den bei Schenkungen geltenden Förmlichkeiten und dem Widerruf nicht unterliege.

Damit endet die bis jetzt erschienene erste Abtheilung des ersten Bandes.

Ausserdem ist aber, wie schon oben bemerkt, zum Voraus auch schon der fünfte Band erschienen, mit der Ueberschrift: Allgemeine Sätze über die Anwendung des Civilrechts außer den Gerichten und in den Gerichten.

Im Eingange dieses fünften Bandes ist gesagt:

„Der Gelehrte kann keineswegs aus den Lehren des Code civil und des Code de procedure ein sicheres Bild der Anwendung des Rechts ziehen: es fehlt ihm das verbindende Glied. Er weiß, daß viele Geschäfte durch Notare errichtet sein müssen, wenn sie in die Execution führen sollen; wo steht aber etwas hier über das Institut der Notare? Er weiß, daß bei Geschäften ohne Rechtsstreit Notare und Friedensrichter zusammen wirken müssen; wo ist ihr gegenseitiges Verhältniß bestimmt? Wie wird ein Recht zur Klage? Auf welche Weise kann man der Klage widersprechen? Was ist opposition was exception, was fin de non recevoir?"

„Die Lehre vom Beweise ist eben so wichtig bei Contrahirungen als bei Solvirungen, mehr bei den Franzosen durch die Civilisten, wie durch die Processualisten behandelt; wie sichert sie ohne Proceß, und wie wird

Digitized by Google

sie der Hauptheil des Processes? Wie wird die Anwendung des Jus in thesi geschützt und gedeckt, und ist die Bestimmung des französischen Cassationshofs billig und vernünftig?"

„Alle diese Lehren, welche in einen gewissen Zusammenhang gebracht werden können, und die zugleich mit den allgemeinen Grundlagen der Gesetze und Bescheide die Anwendung des Rechts selbst machen, bilden den instruirenden Uebergang von den einzelnen Lehren des Civilrechts zum Processe."

Der Verfasser handelt nun diese Lehren in zwei Hauptstücken ab. Im ersten Hauptstück spricht er von den Gesetzen, Verordnungen und Regierungsbeschlüssen, im zweiten Hauptstück von der Verwaltung des Civilrechts.

Das erste Hauptstück beginnt, nach einer Einleitung, mit einer äußern und innern Geschichte des code.

Kaum ist zu begreifen, wie in so kurzer Zeit ein so bedeutendes Werk, wie der code, entstehen konnte, aber, fügt der Verfasser hinzu,

„ebenso kann gesagt werden, daß der Fehler eben so viele als der Tugenden, und die Fehler meistens Folgen der Uebereilungen seien."

Unter der Rubrik: „Verhältniß der eigentlichen Gesetze und der andern Beschlüsse, insbesondere, in wie weit die Letztern verbinden?" — zählt der Verfasser die verschiedenen Formen auf, in welchen zur Zeit der Republik und des Kaiserreichs maßgebende allgemeine Bestimmungen gegeben wurden. Seit 1814 und 1830 nur noch lois und ordonnances. Hinsichtlich der Letztern, die jetzt nur noch Vollzugsverordnungen sein können, entscheiden die Gerichte, ob der König sein Recht nicht überschritten habe.

In Baden kommen außer den Gesetzen und Vollzugsverordnungen auch noch provisorische Gesetze vor.

Die vor der Verfassung erlassenen Ministerialerläuterungen hält der Verfasser für bindend.

Ueber Sanktion und Publikation der Gesetze.

Der Verfasser hält den badischen Zusatz 1 b für unrichtig. Eben so tadelt er (wohl mit mehr Recht) den ungenauen Zusatz 2 b.

Ungegründeter scheint der Tadel des Zusatzes 2 c, wornach auch die authentischen Erläuterungen keine Rückwirkung haben. Insofern man nicht den doktrinellen Werth der Gründe, auf welche die Auslegung gebaut wird, sondern den darin liegenden gesetzgeberischen Willen, wie das ausgelegte Gesetz auszulegen sei, in Anschlag bringt, ist die Interpretation ein neues Gesetz. Wird also der Richter, der allein das concrete Recht nach Maaßgabe der Gesetze, unter denen es entstand, zu finden hat, hiebei nicht nur an dieses (alte) Gesetz und an die vom Gesetzgeber zur Auslegung desselben etwa aufgestellten Gründe, sondern an diese Auslegung als an einen eigenen, selbstständigen, formell bindenden gesetzgeberischen Akt verwiesen, so hat eben dieses neue Gesetz eine Rückwirkung auf bereits erworbene Rechte. Unterstellt man aber, die Auslegung des Gesetzgebers beurkunde nur die wahre Bedeutung des alten Gesetzes selbst, so legt man etwas in die gesetzgebende Gewalt, was der Natur der Sache nach nicht darin liegt. Der Gesetzgeber kann nicht wahr machen, was unwahr ist, und nicht unwahr, was wahr ist. Er kann nur sagen, was er will, daß geschehen oder beobachtet werden soll. Als Ausleger kann er also nicht sagen: der Sinn des bestehenden Gesetzes ist dieser ꝛc., — sondern nur: der Sinn desselben ist bestritten, aber ich will, daß die Sache künftig so oder so gehalten werde, es mag dies nun der wahren Bedeutung des alten Gesetzes (wie sie abgesehen von meinem Willen durch das Erkennen gefunden wird) entsprechen, oder nicht.

In Bezug auf die Kollision der Gesetze hält der Verfasser den badischen Zusatz 3 a für überflüssig. Fremde Urtheile sind nach seiner Ansicht (S. 31) auch in Baden nicht vollstreckbar. Hier hat der Verfasser übrigens die neuern gesetzlichen Bestimmungen, namentlich die §§. 951—953 der Proceßordnung unbeachtet gelassen.

Am Schlusse des ersten Hauptstücks behandelt der Verfasser noch das Verhältniß eines Gesetzbuchs zur Wissenschaft, und die natürlichen Verbindlichkeiten.

Das zweite Hauptstück „von der Verwaltung des Civilrechts" zerfällt in drei Abschnitte: 1) von den Personen des Amts; 2) von den Geschäften der Amtspersonen außer dem Proceß; 3) von den Geschäften der Parteien und Amtspersonen im Processe ohne Rücksicht auf die Formen des Processes.

Im ersten Abschnitte wird von den Richtern, und insbesondere auch von der Kompetenz der französischen Friedensrichter, von den Notaren und badischen Amtsrevisoraten, die keine Urkunden mit exekutorischer Klausel ausstellen können, gehandelt, — sodann von den Hypothekenbewahrern (in Baden Ortsgerichte oder Gemeinderäthe), von

Digitized by Google

den Civilſtandsbeamten (in Baden die Pfarrer), ſowie von Familienrath, der in Baden durch die Waiſenrichter und vormundſchaftlichen Behörden erſetzt iſt. Am Schluſſe ſpricht der Verfaſſer vom Amt der procureurs, hinſichtlich deren er den dreifachem Standpunkt heraushebt: als aufſehende Beamte, — als Gerichtsbeamte, inſofern ihre Vernehmung in gewiſſen Fällen weſentlich, und in andern Fällen ihnen geſtattet iſt, — ſodann als Beamte der Strafgerechtigkeitspflege. Die citirte Verordnung vom 20. Mai 1809 hinſichtlich der Kronanwaltſchaft in Civilſachen iſt übrigens durch den §. 4 des zweiten Einführungs-Edikts vom 22. December 1809 vor der Hand ſuſpendirt.

Zweiter Abſchnitt: von den Geſchäften der Amtsperſonen außer dem Proceſſe. Verträge. Letztwillige Anordnungen. Schenkungen. Vermögensübergaben. Urkunden des Civilſtandes. Beſchlüſſe des Familienraths. Hypothekenbücher. Obrigkeitliche Konfirmationen. Beglaubigungen und Beurkundungen.

Intereſſant iſt die Darſtellung vom Inſtrumentiren der Notäre, denen ſich in Bezug auf Baden eine Hinweiſung auf die Geſetze und Verordnungen vom 3. September 1806, vom 20. Mai 1809 und vom 13. Oktober 1840, ſo wie auf die Feſtſetzung der Notariatsdiſtrikte von 1841 anſchließt, mit Andeutung einiger Lücken und Zweifel, die ſich gleichwohl in Baden noch zeigen, wo die franzöſiſche Notariatsordnung nicht aufgenommen wurde. M. ſ. übrigens die Verordnung vom 25. November 1841. Regierungsblatt S. 343—348.

Auch bei der Darſtellung von den Civilſtandsregiſtern ſind die einſchlägigen badiſchen beſonderen Verordnungen aufgeführt.

In Bezug auf Adoptionen, Vormundſchaftsbeſtellungen, Entmündigungen und Mundtodtmachungen (S. 113) iſt für Baden noch auf die §§. 13, 15, 22 und 23 des zweiten Einführungsedikts aufmerkſam zu machen, wornach dieſe Geſchäfte den Gerichten entzogen und den Polizeiſtellen zugewieſen ſind.

Dritter Abſchnitt: von den Geſchäften der Parteien und Amtsperſonen im Proceß ohne Rückſicht auf die Formen des Proceſſes.

Es ſoll hier von der

„Berechtigung der Parteien zu gewiſſen juridiſchen und faktiſchen Erklärungen und vom Urtheil des Richters, indem es förmliches Recht unter den Parteien macht und eine allgemeine Quelle der Weiterbildung des Rechts ſelbſt iſt",

gehandelt, und dieſe Seite ausgeſchieden werden von den

„Formen oder dem Gang des Streits, was man modus procedendi heißt."

Das Syſtem der Klagen überläßt der code der Wiſſenſchaft. Dasſelbe iſt aus dem Syſtem der Regeln des code zu entwickeln.

Der Caſſationshof in ſeinen observations von 1809 nennt die Lehre von den Klagen „la partie théoretique de la procedure civile — un passage du code civil au code judiciaire."

Bei den Vertheidigungsmitteln des Beklagten kommen die fins de non recevoir vor, Einreden, welche von der Einlaſſung befreien.

Hieher gehört auch die Klagenverjährung. Der Verfaſſer unterſcheidet zwiſchen der 30jährigen und der kürzern, welche nur eine Präſumtion begründe, daß die Schuld bezahlt, wogegen aber noch die Eidesznſchiebung offen bleibe. Mit Recht ſagt der Verfaſſer, daß in Fällen der letztern Art keine wahre Verjährung vorliege; allein es gehören hieher nicht alle Fälle, wo die Verjährungsfriſt weniger als dreißig Jahre beträgt. Die Beſtimmung des Satzes 2275, welche den Eid vorbehält, bezieht ſich nur auf die Sätze 2271—2274, alſo auf Verjährungen, welche nur 2 Jahre oder weniger laufen. Schon die Verjährungen von 5 Jahren in den Sätzen 2276 und 2277, und die 3jährige Verjährung des Satzes 2279 werden davon nicht berührt und ſind wahre Verjährungen.

Am Schluſſe iſt noch von den Beweismitteln, und von der Vervollkommnung des (Urkunden-, Zeugen- oder Vermuthungs-) Beweiſes durch den Eid die Rede, ſodann vom Geſtändniſſe und vom zugeſchobenen Eide.

Im Ganzen wird man nun in der vorliegenden Arbeit immerhin eine Bereicherung der Wiſſenſchaft unſers vaterländiſchen Rechts (namentlich in hiſtoriſcher, vergleichender und kritiſcher Weiſe) erkennen, und dem Verfaſſer insbeſondere für viele darin enthaltene ſehr intereſſante Erörterungen, zerſtreute leuchtende Gedanken und Notizen dankbar ſein, mag man auch mit einzelnen Reſultaten ſeiner Forſchung und mit der eigenthümlichen Ausführung einverſtanden ſein oder nicht, und möchte auch dem Praktiker eine einfachere und leichter faßliche Darſtellung, und ſtatt der vielfach bloßen Andeutungen, Vorausſetzungen und mit-

Digitized by Google

unter vermengten aphoristischen Sätze eine zusammenhängende klare Entwicklung der einzelnen Materien wünschenswerther gewesen sein.

II.

Ueber den Landrechtssatz 918 und 1079.

Der Artikel 918 bestimmt:

Wenn ein Theil des Vermögens mit Beding eines Leibgedings, einer Leibrente oder der Nutznießung einem der gesetzlichen Erben gerader Linie übergeben (aliené) worden ist, so soll von Demjenigen, was die übergebenen (aliené) Stücke ihrem vollen Eigenthum nach werth sind, so viel als zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig ist, in die Masse eingeworfen werden.

Dieses Einwerfen können jedoch weder die Miterben in gerader Linie, welche in jene Vermögensübergabe (alienation) eingewilligt haben, noch Seitenverwandte verlangen. —

Was zunächst die Abweichung des badischen Textes vom französischen Ausdrucke betrifft, so ist solche für die Anwendung nicht von Erheblichkeit, der badische Uebersetzer mochte diejenige Form von Rechtsgeschäften im Auge haben, bei welcher das im Artikel unterstellte Rechtsverhältniß bei uns am häufigsten vorkam, nämlich die althergebrachten Vermögensübergaben, es wird aber aus den in Annalen 1838, S. 303 entwickelten Gründen eine vom französischen Text abweichende Bestimmung nicht anzunehmen sein.

Abgesehen übrigens hiervon, und auch abgesehen von der streitigen Frage, ob im Falle des Artikel 918 das Rechtsgeschäft, so weit es den Pflichttheil nicht verkürzt, als einwurffreie Schenkung, oder nur als Schenkung schlechthin, zu behandeln sei, soll hier nur untersucht werden, ob und in wieferne die Bestimmung dieses Artikels, daß die Einwilligung der Miterben in das Rechtsgeschäft den Uebernehmer des Vermögenstheils von aller Einwurfspflicht befreie, mit der Bestimmung des Artikels 1079 im Widerspruch stehe? und wie solcher zu heben sei? —

Nach Ansicht der Verordnung von 1807, Regierungsbl. von 1808, S. 81 und der Landrechtssätze 1100 aa ff. unterliegt es keinem Zweifel, daß jede Vermögensübergabe, sofern sie von Eltern an Kinder oder Abkömmlinge geschieht, eine elterliche Theilung im Sinne der Landrechtssätze 1075 ff. ist. Für solche Rechtsgeschäfte ist nun außer den in obgedachter Verordnung vorgeschriebenen Erforderniſſen weiter bestimmt

1) daß die Theilung bei Strafe der Nichtigkeit unter alle Kinder, die zur Zeit des Todes des Uebergebers am Leben sind, geschehen sei. Landrechtssatz 1078.
2) daß diese Kinder alle, sofern sie zur Zeit der Uebergabe schon lebten, zu derselben eingewilligt haben. Landrechtssatz 1076, vergl. 1100 ad und 932.

Die elterliche Theilung mittelst Vermögensübergabe ist nämlich schlechthin an die Form der Schenkungen unter Lebenden gebunden, diese sind wirkungslos, so lange der Beschenkte seine ausdrückliche Einwilligung nicht ertheilt hat; in sofern also einzelne Miterben das ihnen bei einer Vermögensübergabe etwa zugedachte Vermögen nicht wirklich angenommen haben, ist in Bezug auf sie noch kein wirksames Rechtsgeschäft geschlossen, d. h. es ist einstweilen, bis die Annahme erfolgt, gerade so anzusehen, als wenn ihnen kein Theil gegeben wäre, und der Artikel 1078 völlig so anwendbar, als wenn in der Uebergabsurkunde von ihnen gar keine Erwähnung geschähe.

Ganz dasselbe gilt für Frankreich hinsichtlich der elterlichen Theilungen unter Lebenden nach Artikel 1075 und 1078.

Wenn also hiernach der Gesetzgeber von der Ansicht ausging, daß das Zustandekommen einer wirksamen elterlichen Theilung unter Lebenden, insbesondere der badischen Vermögensübergabe, die Mitwirkung aller zur Zeit des Geschäfts vorhandenen Kinder bedinge, und dennoch im Artikel 1079 festsetzte, daß gültige und wirksame elterliche Theilungen wegen Verletzung über ein Viertheil von den Erben angefochten werden können, so ergiebt sich ein Widerspruch mit der Bestimmung des Artikels 918, wenigstens für die Fälle, wo die Vermögensübergabe sich nicht über das ganze Vermögen, sondern nur über einen Theil desselben erstreckte, weil für diesen Fall die Einwilligung der Erben sogar dieselben von Anfechtung des Rechtsgeschäfts wegen Verletzung des Pflichttheils ausschließt, vielweniger also die bloße Klage auf Gleichstellung nach Artikel 1079 Platz greifen kann.

Wegen der auffallenden Abweichung nun, welche die besagte Vorschrift des Artikels 918 von dem gemeinen Rechte der Artikel 791 und 1130 festsetzt, kann es nicht bezweifelt werden, daß diese Vorschrift rein auf ihren Gegenstand zu beschränken sei. Vgl. Zachariä, 4. Aufl. S. 256, Nr. 12. Vergl. S. 137, Nr. 13.

Digitized by Google

Dieses vorausgesetzt, so hat offenbar der Artikel 918 nicht den Fall im Auge, wo ein Etterntheil sein Vermögen ganz oder theilweise auf seine gesetzlichen Erben überträgt, um damit eine definitive oder fürsorgliche Abtheilung derselben, Landrechtssatz 1100ba und ca, zu bewirken, sondern im Gegentheil den Fall, wenn schon vor der Theilung, sei solche eine sogenannte elterliche, oder eine nach der Eltern Tod erfolgte gemeine Theilung, auf nur einen der gesetzlichen Erben ein Theil des Vermögens übertragen worden war. Nach dem Urtext ist dieses ganz klar, aber auch die badische Fassung beweist keine andere Intension; denn wenn gleich hier die vom Uebersetzer anstatt Veräußerung gebrauchten Ausdrücke, Uebergabe und übergeben, zu der Unterstellung berechtigen, daß derselbe zunächst an die altherkömmlichen Vermögensübergaben gedacht habe, welche nach dem Obigen, sobald sie von Eltern an Kinder geschehen, elterliche Theilungen sind, so hätte doch der Artikel ganz anders gefaßt werden, und eine ganz andere Stelle im Landrecht erhalten müssen, wenn die Absicht hätte ausgedrückt werden wollen, daß Vermögensübergaben im gesetzlichen Sinne von den Erben, welche dazu einwilligten, wegen Verkürzung nicht angefochten werden können.

Was nämlich die Fassung betrifft, so spricht unser Text wie der französische nur von dem Fall, wenn einem unter mehreren Erben ein Theil des Vermögens übergeben wurde. Dieses ist zwar nach gewöhnlichem Sprachgebrauche auch eine Vermögensübergabe, nicht aber im Sinne des Gesetzes, weil dieses zum Begriff einer Vermögensübergabe und elterlichen Theilung wesentlich fordert, daß die Uebergabe an alle zur Erbschaft Berufene geschehe.

Auch die Stelle, welche der Artikel 918 im Landrecht einnimmt, spricht gegen die Annahme, daß er von dem Fall gelten sollte, wo die Veräußerung der Uebergabe eines Vermögenstheils mit der Theilung selbst ein und dasselbe Rechtsgeschäft ausmacht; er befindet sich nämlich in dem Kapitel, welches den Vermögenstheil, worüber man verordnen darf, feststellt, und die Art bestimmt, wie im Fall der Ueberschreitung jener Vorschriften die Minderung der Schenkungen und Vermächtnisse zu geschehen habe.

Nachdem von Artikel 913 bis 917 gesagt ist, was in Bezug auf reine Schenkungen Rechtens sei, wird im Artikel 918 der Fall behandelt, wo mit einem der berufenen Erben ein belasteter Vertrag geschlossen war, und in Bezug auf denselben festgesetzt, daß er den Notherben gegenüber als eine reine Schenkung behandelt werden, folglich Behufs der Ergänzung des Pflichttheils in die zu theilende Masse eingeworfen werden solle.

Es ist hier überall nur von Schenkungen, Vermächtnissen und belasteten Rechtsgeschäften die Rede, welche der wirklichen Theilung vorausgehen, und wird bestimmt, in wiefern solche bei der nachfolgenden Theilung eingeworfen und gemindert werden sollen, wie solches besonders auch im Artikel 918 geschieht. Hätte der Gesetzgeber das hier bestimmte singuläre Recht der Unanfechtbarkeit durch die konsentirenden Pflichterben für den Fall festsetzen wollen, wenn die Theilung selbst die Form eines belasteten (Uebergabe-) Vertrags annimmt, so hätte er nicht nur sich anders ausdrücken, sondern auch die Bestimmung an einem andern Ort, nämlich in die Lehre von Vermögensübergaben oder elterlichen Theilungen einrücken müssen.

Solches hat er aber nicht nur unterlassen, sondern sogar das oberste Princip jeder Theilung, nämlich das der Gleichheit, und den Grundsatz der Artikel 887 und 888, wornach auch die in Form eines Kaufs geschlossenen Theilungsverträge wegen Verletzung über ein Viertheil angefochten werden können, im Artikel 1079 ausdrücklich sanktionirt, überdies auch noch im Artikel 1100os ein Minderungsrecht der Pflichterben und die Anwendbarkeit der Bestimmungen über elterliche Theilungen besonders anerkannt.

Zwar scheint es widersprechend, anzunehmen, der Gesetzgeber habe bei der Theilung vorangehenden Veräußerungen an einzelne Erben den Consens der Miterben als Verzicht auf Anfechtung des Geschäfts gelten lassen, und im Fall einer elterlichen Theilung nicht dieselbe Wirkung an den Consens der Miterben geknüpft; inzwischen mochte man bedenken, daß in der Regel das Princip der gleichen Vertheilung durch eine dem Theilungsgeschäft vorhergegangene Veräußerung eines Vermögenstheils weniger afficirt werden wird, als durch die Theilung selbst, und daß da, wo nur ein Erbe etwas von den Eltern durch belasteten Vertrag erwirbt, im Consens der Miterben, welche zur Zeit nichts von den Eltern erhalten, ein starker Vermuthungsgrund dafür liegt, daß die dem übernehmenden Kind auferlegte Gegenleistung dem wahren Werth des empfangenen Vermögenstheils gleich komme, so daß hier die als Regel angenommene Schenkungsvermuthung wegfällt, während in dem Falle, wo alle Kinder von den noch lebenden Eltern, also zu einer Zeit, wo sie gesetzlich noch nichts zu fordern haben, Vermögen zugetheilt erhalten, jener Vermuthungsgrund nicht in gleicher Stärke vorliegt, indem hier eher denkbar ist, daß ein Kind die an das andere geschehene Uebergabe bald aus Dankbarkeit, bald aus Furcht, die Eltern zu einer ungünstigen Behandlung in der Theilung zu reizen, gut heißen kann, unerachtet Anschlag und Gegenleistung dem wahren Werth nicht entsprechen.

Aus diesen Gründen dürfte der Artikel 918 auf den Fall einer wahrhaften mittelst Vermögensübergabe bewirkten elterlichen Theilung nicht anwendbar, sondern für solche der Artikel 1079 allein maßgebend sein.

Tr.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Gb. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 4. Karlsruhe den 28. Januar 1843.

I.

Vorschläge zur Abänderung mehrerer Bestimmungen des dritten Theils des Forstgesetzes*).

Auf dem Landtage von 18³⁹/₄₀ hat die erste Kammer beschlossen, Sr. Königlichen Hoheit dem Großherzog in einer unterthänigen Adresse um Revision des ersten und dritten Theils des Forstgesetzes zu bitten.

Die zweite Kammer trat jedoch der Adresse aus dem Grunde nicht bei, weil sie eine allgemeine Revision dieser Theile des Forstgesetzes nicht für angemessen erachtete, sondern blos Abänderungen einzelner die Forststrafgesetzgebung betreffender Bestimmungen wünschte.

In dieser Beziehung war die zweite Kammer beinahe mit sämmtlichen Anträgen der ersten einverstanden, und der Commissionsantrag war auch auf eine Bitte um Vorlage eines Gesetzesentwurfs, wornach mehrere speziell bezeichnete Bestimmungen des Forststrafgesetzes abgeändert werden sollten, gerichtet.

Dem Commissionsantrage mußte jedoch eine andere Form gegeben werden, weil bei dem damals nahe bevorstehenden Schlusse des Landtags die veränderten Anträge der zweiten Kammer in der ersten nicht mehr hätten zur Berathung kommen können. Es wurde daher beschlossen:

„die Staatsregierung zu bitten, sowohl die in dem Be„richt gestellten Anträge, als auch die Ansichten, die im „Laufe der Berathung werden ausgesprochen werden, in „Erwägung zu ziehen nach den gegebenen Andeutungen „eine Revision des Forstgesetzes vorzubereiten, und auf „dem nächsten Landtage der Kammer eine desfallsige Vor„lage zu machen."

Bei der in der 135sten öffentlichen Sitzung stattgehabten Berathung sprach sich die Kammer über die einzelnen Abänderungen, die sie für nothwendig hielt, durch Annahme der meisten Commissionsanträge aus.

Auch auf dem Landtage von 18⁴¹/₄₂ kam die Sache wieder zur Sprache; die damals angekündigte Motion auf Revision der Forststrafgesetzgebung konnte aber wegen der erfolgten Auflösung nicht mehr begründet und berathen werden.

Da die Wichtigkeit des Gegenstandes die Legislation zum baldigen Einschreiten drängen muß, so erlaube ich mir, diejenigen Abänderungen zu bezeichnen, welche nach den von mir gemachten Erfahrungen der dritte Theil des Forstgesetzes erleiden muß, hoffend, daß auch andere Geschäftsmänner ihre Stimme erheben werden, um einen besseren Zustand in diesem Theile unserer Gesetzgebung herbeizuführen.

Ich verkenne nicht, daß es eine bedenkliche Sache ist, an Gesetzen, die noch nicht lange in Wirksamkeit getreten sind, Abänderungen zu beantragen. Schneller Wechsel gefährdet das Ansehen der Gesetze, der Rechtsboden wird bei fortwährendem Pulsiren der Legislation unsicher, während die Gesetze durch langjährige Geltung an Wirksamkeit erstarken.

Wenn daher an dem Bestehenden geändert werden soll, so muß sich dieß sowohl durch die Wichtigkeit des Gegenstandes, als auch durch das deutlich erkannte Vorhandensein von Mängeln rechtfertigen. Diese beiden Voraussetzungen treffen bei der vorliegenden Frage zusammen.

In einem Lande, welches ungefähr 1½ Millionen Morgen Waldungen besitzt, in welchem diese daher einen Hauptbestandtheil des Nationalvermögens bilden, muß die Staatsregierung der pfleglichen Behandlung derselben alle Aufmerksamkeit zuwenden, nicht nur im Interesse des Staats-

*) Von Domänenrath Weizel in Karlsruhe.

Digitized by Google

ſchatzes, ſondern auch hauptſächlich im Intereſſe der Volkswirthſchaft.

Alle forſtliche Betriebſamkeit wird aber dieſen Zweck nie zu erreichen vermögen, wenn ihr nicht die Geſetzgebung in doppelter Hinſicht Hülfe leiſtend zur Seite ſteht, ſchützend: zur Abwendung jeder äußern nachtheiligen Einwirkung auf die Waldungen; ſtrafend: durch Zufügung von Uebeln für diejenigen, welche entweder die zum Schutze der Waldwirthſchaft erlaſſenen Anordnungen übertreten, oder ſich an dem Waldeigenthum durch Beſchädigung oder Entwendung vergehen. Wenn es nicht zu läugnen iſt, daß das Forſtgeſetz in Bezug auf die Forſtpolizei die ſegensreichſten Wirkungen gehabt hat, ſo hat es doch auch nachgerade lange genug beſtanden, um rückſichtlich des ſtrafrechtlichen Theils deſſelben andere Erfahrungen zu ſammeln.

Aus der Zuſammenſtellung der Ergebniſſe der Forſtſtrafrechtspflege geht hervor, daß zur Anzeige gebracht wurden:

Im Jahr	1835	190,649	Frevel
„ „	1836	206,934	„
„ „	1837	249,742	„
„ „	1838	280,497	„
„ „	1839	277,884	„
„ „	1840	290,143	„
„ „	1841	283,336	„

In einem Zeitraum von 7 Jahren hat ſich daher die Anzahl der entdeckten Frevel um nahe zu 100,000 vermehrt und doch iſt innerhalb dieſer Zeit ſehr viel und ganz beſonders von Seiten der Domänenadminiſtration für eine kräftige Waldhut geſchehen.

Nach dem neueſten Budget betragen die Domänenwaldungen 243,683 Morgen. Für dieſe ſind 353 ſtändige Waldhüter und 101 Hülfshüter aufgeſtellt, wofür die Koſten 83,000 fl. betragen. Von allen Seiten wird auch anerkannt, daß die Hut der Gemeinde- und Körperſchaftswaldungen ſich ſtets verbeſſert.

Wenn nun die Präventivmittel gegen Forſtfrevel wirkſamer wurden, dieſe aber doch auf eine wirklich beängſtigende Weiſe ſich vermehrten, ſo darf gewiß mit Grund geſchloſſen werden, daß die Repreſſivmittel, nämlich die Strafgeſetze der nothwendigen Kraft entbehren. Ich bin weit entfernt, die Ueberhandnahme der Forſtfrevel ausſchließend auf Rechnung unſerer Forſtſtrafgeſetzgebung ſetzen zu wollen, — die Vermehrung der Population, das Steigen der Holzpreiſe tragen auch mächtig hierzu bei; allein kaum wird verkannt werden können, daß die beſtehende Geſetzgebung eine Hauptveranlaſſung hiervon iſt.

Sie iſt im Allgemeinen ſehr mild und ich möchte auch der eigenthümlichen Verhältniſſe wegen bei den gewöhnlichen, in der Regel nur von der ärmſten Einwohnerklaſſe zur Deckung eines unabweisbaren Lebensbedürfniſſes begangenen Holzfreveln durchaus nicht zu ſtrengern Strafen rathen.

Die Erfahrung hat nämlich zu allen Zeiten bewieſen, daß dieſelben, wie überall, ſo auch hier nichts taugen, ſie ſind in der Regel nicht zu vollziehen, was namentlich bei den Forſtfrevelſtrafen eintritt.

Vor Einführung des Forſtgeſetzes wurde bekanntlich der bei Tag verübte Frevel mit dem dreifachen, der bei Nacht verübte dagegen mit dem ſechsfachen Betrag des Holzwerths beſtraft. Die Geldſtrafen konnten meiſtens nicht beigetrieben werden, ohne die Familien völlig zu Grunde zu richten. Sehr oft erreichten nämlich die Strafen den Betrag von 100 — 500 fl. In öffentliche Arbeit oder Gefängniß ließen ſich dieſelben ihrer Größe wegen auch nicht immer verwandeln, ohne auf zu lange Zeit den Vater ſeiner oft zahlreichen Familie zu entziehen. Auf dieſe Weiſe wurden ſeiner Zeit allein in einer Gemeinde des Landes (Hockenheim) gegen 20,000 fl. in Abgang decretirt.

Wenn alſo mit Recht unſer Forſtſtrafgeſetz ſehr milde Strafbeſtimmungen angenommen hat, ſo iſt es auf der andern Seite um ſo nothwendiger, diejenigen Sätze aus ihm zu entfernen, welche demſelben nicht blos beinahe alle repreſſive Kraft benehmen, ſondern ſogar noch einen gewiſſen Reiz zum Frevel geben, alſo deſſen gute Abſichten vielfach vernichten.

In dieſer Beziehung iſt es ſchon längſt als ein Mangel erkannt worden, daß:

I.

bei Ausmeſſung der öffentlichen Arbeitsſtrafe, welche im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Frevlers an die Stelle der ordentlichen Geldſtrafe tritt, ein unrichtiges Verhältniß zu Grunde gelegt wurde.

Der §. 138 Abſatz 2 des Forſtgeſetzes ſagt nämlich:

„Im Uebrigen gelten 40 kr. Geldſtrafe gleich einem Tage „öffentlicher Arbeit oder Gefängniſſes.“

Fragen wir aber, ob die von einem Frevler verrichtete Tagesarbeit auch wirklich 40 kr. werth iſt, ſo wird man von allen Seiten das Gegentheil hören.

Digitized by Google

Die öffentliche Arbeit ist nur ein Surrogat der Geldstrafe, ihr Werth darf daher nicht geringer sein, als der der letztern, weil sonst zu befürchten ist, daß die ohnehin sehr nieder gegriffenen Strafen noch mehr herabgedrückt werden, was auch wirklich eintritt, besonders seitdem an die Stelle der Verordnung vom 15. September 1834 (Regierungsblatt 1834 S. 309) jene vom 21. October 1837 (Regierungsblatt 1837 S. 344) getreten ist, wonach nicht mehr gegen sämmtliche mit Strafe belegten Frevler nöthigenfalls die Pfändung vollzogen wird, sondern nur gegen solche, welche als zahlbar von dem Gemeinderath und Ortssteuererheber bezeichnet werden, was in den wenigsten Fällen geschieht, da nicht immer mit der nöthigen Strenge und Umsicht bei Ausstellung solcher Zeugnisse verfahren wird.

Ist ein Frevler um 40 kr. gestraft worden, während seine an die Stelle jener Geldstrafe tretende Arbeit nur einen Werth von vielleicht kaum 20 kr. hat, so ist es augenscheinlich, daß das Gesetz sich selbst theilweise aufhebt und daß der Frevler schon hiernach (also abgesehen von andern Bestimmungen des Forstgesetzes) in vielen Fällen kaum mit der Hälfte der Strafe belegt wird, während er das entwendete Holz behält, dem Waldeigenthümer nicht einmal Ersatz für den Werth desselben, noch viel weniger für den verursachten Schaden leistet.

Zieht man bei einem gewöhnlichen Frevel den Werth des Entwendeten in Vergleichung mit dem Werth der Arbeit des Frevlers, so wird man in den meisten Fällen auf das Resultat kommen, daß der Frevler sein Holz trotz der Strafe wohlfeiler bekommt, als derjenige, welcher es sich auf rechtmäßige Weise erwirbt.

Die Berechnung eines Tages Arbeit durch den Frevler mit 40 kr. ist daher zu hoch.

Dies wurde auch von der zweiten Kammer anerkannt; sie beschloß nämlich in der erwähnten 135sten Sitzung:

„daß für die Arbeit eines weiblichen Sträflings für den „Tag statt 40 kr. nur 20 kr. und für die Arbeit eines „männlichen Sträflings für den Tag 30 kr. berechnet „werden solle."

constr. Verhandlungen der zweiten Kammer von 18³⁹/₄₀ 14. Protokollheft Seite 77.

Auch die Commission der ersten Kammer erkannte damals an, daß der Ansatz von 40 kr. zu hoch sei.

constr. Verhandl. der selben v. 18³⁹/₄₀ 2s Beilagenheft S. 45.

Der obige Beschluß der zweiten Kammer ging ganz besonders aus der Betrachtung hervor, daß der gewöhnliche Taglohn für gut verrichtete Arbeit kaum 40 kr. betrage, während bei den öffentlichen Strafarbeiten von den Forstfrevlern wenig gethan und schlechte Arbeit geliefert werde, daß oft Weiber oder Kinder eingestellt werden, daß es an der nöthigen strengen Aufsicht fehle.

Ich theile diese Ansichten und füge ihnen noch bei, daß es nicht zu den leichtesten Aufgaben des Forstgerichts gehört, den Vollzug der stellvertretenden Arbeitsstrafen gehörig zu leiten.

Ist es ihm auch gelungen, einen tüchtigen, energischen Mann als Aufseher auszumitteln, so wird diesem das Leben von den Frevlern so sauer gemacht, daß er mit dem besten Willen das nicht leisten kann, was er will. Sind 100 Frevler zur öffentlichen Arbeit aufgeboten, so darf er froh sein, wenn ein Drittheil erscheint, unter diesen befindet sich wieder eine nicht unbeträchtliche Anzahl solcher, deren Arbeitskräfte wenig in Anschlag zu bringen sind. Die traurigen Verhältnisse, in denen viele, ja die meisten dieser Leute leben, werden ihn wohl oft gegen die Vorschrift des §. 143 Absatz 2 des Forstgesetzes bewegen, zur kalten Winterszeit die Kinder statt der Eltern oder andere Personen als Einsteher anzunehmen, um nur wenigstens einigermaßen zur Förderung der von ihm zu leitenden Arbeiten etwas beizutragen, vielleicht auch um des im Voraus bestellten Brodes los zu werden.

Dazu kommt noch ferner, daß in der Regel diese Strafarbeiter nicht mit dem nöthigen Geschirr versehen sind, daher es ihnen entweder von demjenigen, der ihre Arbeiten übernahm, angeschafft werden oder er es geschehen lassen muß, daß wegen dieses wesentlichen Mangels die ohnedieß läßig betriebenen werdenden Arbeiten noch schlechteren Fortgang nehmen.

Macht auch der Aufseher bei dem Forstgerichte die Anzeige wegen des unentschuldigten Ausbleibens mehrerer Frevler, so ist dieses doch nicht im Stande, solche sogleich zur Arbeit zu sistiren, und diese werden also selbst bei dem kräftigsten Zusammenwirken aller mit dem Vollzug beauftragten Personen nicht zu einer so regelmäßigen Arbeit gebracht werden können, wie dieß bei Taglöhnern der Fall ist.

Wenn man also den Betrag von 40 kr. auf 30 kr. beziehungsweise 24 kr. herabsetzt, so wird eher zu wenig als zu viel geschehen sein, besonders wenn man ferner

Digitized by Google

erwägt, daß der Arbeitsſträfling gegen denjenigen, welcher ſeine Strafe im Gefängniß zu erſtehen hat, ganz unverhältnißmäßig begünſtigt iſt. Ein Tag Arbeit ſoll gleich ſein einem Tag Gefängniß.

Der Arbeitsſträfling arbeitet (die Zeit des Hin- und Hergangs zur Arbeit miteingerechnet) gewiß nicht länger als 8 Stunden des Tags, den Reſt bringt er zu Hauſe zu, und iſt immer noch im Stande etwas zu verdienen; der Sträfling im Gefängniß hat die vollen 24 Stunden daſelbſt zuzubringen und iſt ſeiner Freiheit beraubt, kann nicht für die Seinigen ſorgen und erleidet alſo für die gleiche Geldſtrafe ad 40 kr. wenigſtens ein dreimal härteres Uebel als jener. Der Arbeitsſträfling erhält überdieß noch 1½ ℔ Brod, während der im Gefängniß befindliche Frevler außer dem Waſſer dazu nur noch eine Suppe und ſonſt nichts, die ſ. g. ⅔ Koſt erhält — unzweifelhaft eine Härte, welche ſo bald als möglich abgeſchafft zu werden verdient.

Zu dem oben bemerkten Beſchluſſe der zweiten Kammer möchte ich nun noch den Vorſchlag machen, daß für jüngere Perſonen, welche das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben (§. 151 des Forſtgeſetzes), wenn ſie zur Arbeit als tauglich erſcheinen, nur die Summe von 20 kr. berechnet werden ſolle.

Dieſe Beſtimmung iſt in dem würtembergiſchen Forſtgeſetze enthalten, und ſteht mit den immerhin geringern Arbeitskräften jüngerer Leute im richtigen Verhältniß.

Der §. 138 Abſatz 2 des Forſtgeſetzes müßte daher nach den obigen Andeutungen etwa folgende Faſſung erhalten:

> Im übrigen gelten 30 kr. bei männlichen, 24 kr. bei weiblichen Frevlern und 20 kr. bei Perſonen vom vierzehnten bis zum achtzehnten Jahre gleich einem Tage öffentlicher Arbeit. Für einen Strafbetrag bis zu 15 kr. ſoll ein halber und über 15 kr. ein ganzer Tag öffentlicher Arbeit angenommen werden. Bei einer Verwandlung dieſer in Gefängniß werden Strafen von 15 kr. bis zu 30 kr. einem halben Tage und über 30 kr. einem ganzen Tage Gefängniß gleich geachtet.

Durch dieſe Beſtimmung wird namentlich das oben angedeutete große Mißverhältniß zwiſchen der Arbeits- und Gefängnißſtrafe gehoben, weil dann der Arbeitsſträfling für 30 kr. einen ganzen Tag arbeiten, der Sträfling im Gefängniß aber für dieſen Strafbetrag nur einen halben Tag ſitzen dürfte.

II.

Ein weiterer Uebelſtand wurde darin erkannt, daß nach dem Forſtgeſetz bei zahlungsunfähigen Frevlern nicht auch zugleich der Werth des Entwendeten und der hierdurch dem Walde zugefügte Schaden abgebüßt wird.

Die Commiſſion der erſten Kammer hat in ihrem Berichte (Verhandlungen von 18³⁹/₄₀ 2s Beilagenheft S. 45) hierüber mehrere Bemerkungen niedergelegt, welche von der Commiſſion der zweiten Kammer conſr. Verhandlungen derſelben 8s Beilagenheft S. 305 als vollkommen richtig anerkannt wurden. Sie ſtellte jedoch keinen Antrag über dieſen Punkt, weil ſie glaubte, daß durch ihre übrigen Vorſchläge eine allmählige Verminderung der Frevel herbeigeführt würde, und man daher vorerſt die Wirkungen der neuen Beſtimmungen abzuwarten habe.

Ich glaube aber, daß, wenn einmal eine Reviſion des Forſtſtrafgeſetzes vorgenommen wird, dieſer Punkt in demſelben nicht übergangen werden darf.

Der von dem Forſtgeſetze angenommene Grundſatz, daß das Forſtgericht nicht blos über die Beſtrafung des Forſtfrevels, ſondern zugleich über die Rückerſtattung des Werths des Entwendeten und Leiſtung des Schadenerſatzes an den Waldeigenthümer zu erkennen habe, daß alſo das Forſtgericht kraft Amtes für die Befriedigung der civilrechtlichen Anſprüche des Waldeigenthümers ſorgen müſſe, erſcheint — als durch die beſondern Verhältniſſe nothwendig geboten — völlig gerechtfertigt. Wollte man die beiden letztern ihrem Weſen nach unbeſtreitbar rein in das Gebiet des Privatrechts gehörigen Punkte zum Austrag vor den Civilrichter verweiſen, ſo entſtünde dadurch eine unabſehbare Verwirrung und der Waldeigenthümer wäre geradezu ſchutzlos.

Wenn aber der Forſtrichter über den Erſatz des Werths und Schadens bei einem Forſtfrevel erkennt, wenn er bei zahlungsunfähigen Frevlern ſein Erkenntniß ſelbſt vollzieht, ſo iſt wohl nicht abzuſehen, warum bei Zahlungsunfähigen das Forſtgericht nicht ebenfalls dem Waldeigenthümer zum Erſatz ſeines Schadens möglichſt verhelfen und kraft Amtes einſchreiten ſoll.

Dieſe Erſatzleiſtung iſt bei den zahlungsunfähigen Frevlern nur dadurch möglich, daß er nicht nur die Geldſtrafe, ſondern auch den Betrag des Werths und Schadens zum Vortheile des beſchädigten Waldeigenthümers abverdient.

Man kann mit Grund hiergegen nicht einwenden, daß nach ſtrengrechtlichen Principien die Strafen ſich blos auf das Vergehen, nicht aber auch auf die aus demſelben abzuleitenden Erſatzanſprüche zu beziehen haben; denn ſo richtig der Grundſatz an und für ſich iſt, ſo muß doch wegen der eigenthümlichen Verhältniſſe bei den Forſtfreveln eine Ausnahme, wie bei ſo vielen andern Punkten gemacht werden.

Es iſt offenbar, daß der zahlungsunfähige Frevler im Verhältniß zu dem zahlungsfähigen zu ſehr begünſtigt iſt, da jener nach den bisherigen Beſtimmungen des Geſetzes durch ſeine Arbeit an der Geldſtrafe, wie oben nachgewieſen, kaum ein Drittel abverdient, an dem Erſatz für Werth und Schaden gar nichts leiſtet, während vom zahlungsfähigen ſowohl jene Strafe, als dieſer Erſatz völlig berichtigt werden muß. Es liegt ein zu großer Reiz zur Begehung von Freveln darin, daß der zahlungsunfähige Frevler den Werth des entwendeten Holzes umſonſt erhält.

Digitized by Google

Auch muß es einen schlimmen Eindruck auf die Volksansicht über die Unverletzbarkeit des Waldeigenthums machen, wenn die Gesetzgebung so mangelhafte Bestimmungen über den Schutz desselben enthält.

Hiernach sollte eine Abänderung erleiden:

1) der §. 217 Absatz 2 des Forstgesetzes und zwar dahin:

So weit binnen der im Erkenntniß festgesetzten Frist die Zahlung der ganzen urtheilsmäßigen Summe an Werth, Schaden, Strafe und Kosten nicht erfolgt, sofort nach vergeblich verursachtem Vermögenszugriff oder wegen bescheinigter Vermögenslosigkeit nicht erfolgen kann, hat das Forstgericht ohne Zulassung eines Recurses hiergegen für den Betrag der Strafe die im §. 137 und 138 bezeichneten stellvertretenden Strafen der öffentlichen Arbeit und beziehungsweise Gefängnisses, für den Werth und Schaden aber die erstere dieser Strafen und zwar zum Vortheil des Waldeigenthümers zu verfügen und vollziehen zu lassen.

2) Der §. 218, und zwar dahin:

Die Forstgerichtsbarkeitskasse hat die ganze urtheilsmäßige Summe einzuziehen und den Betrag des eingegangenen Schadensersatzes dem beschädigten Eigenthümer mit einem Verzeichnisse der unbeibringlichen Ersatzposten und der statt dieser erkannten öffentlichen Arbeitsstrafe auszuliefern.

Die Worte:

„deren fernere Betreibung demselben überlassen bleibt"

müßten hiernach gestrichen werden.

3) Der §. 142 würde folgenden Zusatz erhalten:

Dieß findet auch statt gegen diejenigen Frevler, deren Schuldigkeiten für den Werth des Entwendeten und den dem Waldeigenthümer durch Frevel zugefügten Schaden in Gemäßheit der §§. 217 und 218 in öffentliche Arbeit verwandelt wurden.

4) Der Deutlichkeit wegen könnte der Absatz 2 des §. 139 noch den Zusatz erhalten:

Die wegen Unbeibringlichkeit des Werths des Entwendeten und des Schadens erkannte öffentliche Arbeit dagegen wird zum Vortheile des Waldeigenthümers verrechnet.

Wenn der Waldeigenthümer keine Gelegenheit hat, den Frevler den Werth und Schadensbetrag abverdienen zu lassen, so kann nach den obigen Bestimmungen eine Verwandlung in Gefängniß nicht eintreten, wie dieß in Bezug auf die Geldstrafe nach §. 137 und 144 des Forstgesetzes der Fall ist.

Es widerstrebt allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, den Schuldner des Werths und Schadens wegen der Unvermögenheit zur Zahlung desselben in das Gefängniß zu stecken, während nach der allgemeinen Volksansicht die Verrichtung von Arbeit hiefür für eine Leistung an Zahlungsstatt betrachtet wird.

Von gleichen Grundsätzen sind auch mehrere neuere Gesetzgebungen ausgegangen, insbesondere das Nassauische Forststrafgesetz vom 9. November 1816, das Preußische Holzdiebstahlgesetz vom 7. Juni 1821, die Churhessische Forststrafordnung vom 30. November 1822, das Forststrafgesetz für den bayrischen Rheinkreis vom 28. December 1831 und das Großherzoglich Hessische vom Jahre 1837.

Die beiden ersteren Gesetze gehen nur in so fern zu weit, als sie die Verwandlung der Ersatzschuldigkeit in Gefängniß unbedingt zulassen, während ganz richtig das Preußische Gesetz blos die Arbeit als stellvertretend zuläßt.

Das rheinbaierische Gesetz läßt im §. 82 in Uebereinstimmung mit §. 38 des Code forestier als Executionsmittel für die Entschädigungen körperliche Haft bis zu 14 Tagen zu, was offenbar eine nicht zu rechtfertigende Härte ist.

Die oben vorgeschlagenen Bestimmungen erscheinen demnach in Vergleichung mit denen anderer Gesetzgebungen als die richtige Mitte haltend.

III.

Der §. 141 Absatz 2 des Forstgesetzes bestimmt:

„der Strafarbeiter empfängt zu seinem nothdürftigen Un-
„terhalt von der Forstgerichtsbarkeitskasse täglich 1½ ℔
„Brod."

In der 135sten Sitzung des Landtags von 18³⁹/₄₀ hat die zweite Kammer in Uebereinstimmung mit den Ansichten der ersten auf den Antrag ihrer Commission und ohne vorausgegangene Discussion den Wunsch in das Protocoll niedergelegt, daß diese Bestimmung aufgehoben und nur ausnahmsweise auf die dringendsten Fälle beschränkt werden möge. Unstreitig ist dieß ein sehr wesentlicher Punkt, auf welchen die Gesetzgebung ihr Augenmerk richten muß, da die Erfahrung bestätigt hat, daß in der Verabreichung des Brods ein großes Reizmittel zum Freveln liegt.

Ich erlaube mir nur auf einige Momente aufmerksam zu machen.

1) Nach §. 139 Absatz 4 des Forstgesetzes kann dem Sträfling für eine gewisse Zahl von Tagen eine derselben angemessene bestimmte Arbeit in der Art angewiesen werden, daß ihm, wenn er die Arbeit durch besonderen Fleiß früher vollendet, die Strafe für sämmtliche Tage, für welche die Arbeit berechnet war, als erstanden angenommen wird. Nun aber hat die Erfahrung gezeigt, daß, wenn ein Frevler eine recht große Anzahl von Tagen öffentliche Arbeit zu verrichten hat (was theils wegen vieler in einer Periode begangener Frevel odrr weil der Vollzug der Strafen von mehreren Perioden zusammenkam, oft der Fall ist), er um Zeit zu gewinnen von der obigen Gesetzesbestimmung Gebrauch macht und seine 40 bis 50 Tage Arbeitsstrafe mit Söhnen, Töchtern oder Knechten, Mägden, Taglöhnern, Gesellen, Lehrlingen in wenigen Tagen abverdient, und dann an den 60 bis 75 ℔ Brod, welche er erhält, noch eine recht ansehnliche Ersparniß macht.

Man wird mir entgegenhalten, daß ein solches Verfahren dem §. 143 des Forstgesetzes, welcher sagt:

„das Einstellen eines andern Subjekts für den Straf-
„pflichtigen ist nicht gestattet; nur in dem Falle, wo
„wegen Unbeibringlichkeit der Geldstrafe öffentliche Ar-
„beit oder Gefängniß eintritt, kann dieselbe durch den
„Ehemann für die Frau oder durch den großjährigen
„Sohn für seine verwittwete Mutter erstanden werden;"

schnurstraks zuwiderlaufe.

Digitized by Google

Ich gebe dieß zu, allein der Umstand, daß wirklich für den Strafpflichtigen auch noch andere Personen den Strafbetrag abverdienen helfen, bleibt deßungeachtet eine unläugbare Thatsache, und es läßt sich dieses Verfahren kaum umgehen, wenn man nicht Jahre lang den Strafvollzug verschieben und dadurch die Strafen verjähren lassen will, weßhalb auch in dieser Beziehung eine Aenderung in dem Gesetz eintreten muß.

Das Forstgericht ist auch gar nicht im Stande, genau zu controlliren, ob der Frevler in Person oder durch einen Stellvertreter, allein oder mit Beihülfe Anderer, tageweise oder durch Zumessung eines gewissen Arbeitsquantums seine Strafe ersteht, weil die von dem Aufseher ihm vorzulegenden Abverdienungslisten selten hierüber eine Beurkundung enthalten.

Der Aufseher ist froh, wenn nur von der Familie des Frevlers Jemand erscheint, damit gearbeitet werden kann, er nicht unverrichteter Dinge nach Hause kehren und das im Voraus bestellte Brod verderben lassen muß.

2) Der Strafvollzug wird durch Verabreichung von Brod sehr vertheuert, und hierdurch wesentlich erschwert. Bei weitem die Mehrzahl der Frevler ist arm, so daß die Geldstrafen in Arbeitsstrafen verwandelt werden müssen, daher die Anwendung großer Beträge für Anschaffung des Brodes nothwendig wird. Ich erlaube mir ein Beispiel hier anzuführen.

Im Jahr 1836 wurden von den im Forstamt Bruchsal erkannten Geldstrafen im Betrage von 27,821 fl. nur 3794 fl. beigebracht, und es mußten daher 24,027 fl. in Arbeit verwandelt werden. Nach den Bestimmungen des §. 138 des Forstgesetzes ist diese Summe gleich 32,009 Arbeitstagen, für jeden Tag muß 1½ ℔ Brod verabreicht werden, also 48,013½ ℔. Rechnet man das Pfund Brod zu den allerniedrigsten Preisen zu 2½ kr., so wurden im Jahr 1836 in einem einzigen Forstamtsbezirke von der Forstgerichtsbarkeitskasse 2000 fl. 28 kr. dafür bezahlt.

Bedenkt man ferner, daß im Jahr 1836 im Forstamt Bruchsal 26,611 Forstfrevel zur Anzeige kamen, während die Zahl derselben im Jahr 1840 die Höhe von 54,764 erreichte, so ist es klar, in welcher Progression diese Kosten steigen müssen. Und zu welchem Zwecke werden diese großen Beträge ausgegeben? — Damit man alsbaldige Veranlassung habe, durch die hiedurch herbeigeführte Vermehrung der Frevel noch mehr zu bezahlen!

Daß es unter solchen Bedingungen eine schwere Ausgabe für die Forstgerichtsbarkeitskasse ist, Accorde für Uebernahme der Forstfrevler mit der Verbindlichkeit zur Zahlung der Kosten der Aufsicht und des Brodes von Seiten des Uebernehmers abzuschließen, bedarf keines Beweises; sie muß sich in der Regel dazu verstehen, das Brod oder die Aufsicht selbst zu bezahlen, damit die Strafe überhaupt nur zum Vollzug kommt.

3) Die Forstgerichtsbarkeitskasse wird auch öfters in die Lage kommen, Brod bezahlen zu müssen, welches die Frevler gar nicht erhalten haben. Der Aufseher muß jeweils für eine gewisse Anzahl von Frevlern das Brod im Voraus bestellen. Nun ist es aber eine bekannte Thatsache, daß von den bestellten Frevlern oft kaum die Hälfte, oft auch Niemand erscheint.

Der Bäcker ist aber, besonders auf Dörfern, selten in der Lage, das Brod anderweit verkaufen zu können, und so bleibt es denn in der Regel der Disposition des Aufsehers überlassen, welcher rücksichtlich der Verwendung so gut wie gar nicht controlirt ist. Es sind hier Unterschleife aller Art möglich.

Ich verkenne zwar nicht, daß mit Aufhebung der Brodabgaben der Vollzug der Arbeitsstrafen sehr erschwert werden wird, weil viele Frevler nur des Brodes wegen zur Arbeit sich stellen, und wenn sie dieses nicht mehr erhalten, mittelst forstgerichtlicher Hülfe zur Arbeit vermocht werden müssen.

Allein dafür lassen sich durch strenge Weisung an die Forstgerichte, Bürgermeisterämter und die Aufseher Vorkehrungen treffen, während jene schädliche Brodabgabe einen fortwährenden Reiz zur Verübung der Frevel abgibt. Mir ist während meiner Gerichtspraxis selbst der Fall vorgekommen, daß ein Frevler mich bat, den Aufseher zu ermächtigen, ihm doch vorschußweise das Brod für diejenigen Arbeitstage abgeben zu lassen, die er wegen derjenigen Frevel im Walde zubringen müsse, wegen welcher er in der nächsten Periode werde gestraft werden!

Der Absatz 2 des §. 141 wäre daher zu streichen.

IV.

Aus den oben (III. 1) angeführten Gründen über die Schwierigkeit des Strafvollzugs nach den Vorschriften des §. 143 des Forstgesetzes dürfte der Vorschlag, daß Forststrafen zwar in der Regel durch die beim Frevel betretenen Personen selbst, jedoch ausnahmsweise auch von einem Mitgliede der Familie für das andere, oder von den Dienstboten für die Dienstherrschaft erstanden werden dürfen (von Jagemann in den Blättern für Justiz und Verwaltung, Jahrgang I. S. 572) gewiß alle Berücksichtigung verdienen. Es ist zwar ausgemachter Rechtsgrundsatz, daß eine Strafe nur diejenige Person treffen kann, welche eine mit Strafe bedrohte Handlung beging! allein bei den Forstfreveln möchte sich eine Ausnahme nicht nur rechtfertigen lassen, sondern nothwendig sein.

Wenn die Dienstboten, Lehrlinge, Kinder freveln, so geschieht dieß in der Regel nicht für sich, sondern zum Besten der ganzen Familie. Diese weiß um den Frevel, und gewöhnlich sind es die Eltern, welche die Kinder oder Dienstboten anweisen, Holz im Walde zu holen. Wenn nun ein Elterntheil erklärt, daß er statt seines Kindes die öffentliche Arbeit verrichten wolle, damit dieses vom Schulbesuch nicht abgehalten werde und dergl. mehr, oder wenn die arbeitsfähigen Kinder statt der Eltern sich stellen, damit diese ihrem Hauswesen mehr nachgehen können, so glaube ich, könnte dem Willen der betheiligten Personen wohl nachgegeben werden, besonders weil hier auch eine Gemeinschaftlichkeit der Schuld in der Regel vorliegt. Ich möchte jedoch nicht, daß dieser Grundsatz der Stellvertretung auch auf die Gefängnißstrafe ausgedehnt werde, weil dieses zu den verderblichsten Folgen für die Moralität besonders der jungen Leute führen

Digitized by Google

könnte. Die Eltern würden oft von der Begünstigung des Gesetzes Gebrauch machen, und viele junge Leute würden wohl manchen Monat des Jahrs in den Gefängnissen zubringen. Bei der theilweise noch sehr schlechten Beschaffenheit derselben wäre es kaum zu vermeiden, daß sie in Gesellschaft anderer Inhaftirten kämen, die den nachtheiligsten Einfluß auf sie ausüben könnten; sie würden sich am Ende an das Sitzen in den Gefängnissen gewöhnen, und sich wenig mehr darum kümmern, ob sie wegen Holzfrevel oder anderer Vergehen in dieselben wandern müssen, die Scheu vor dem Verbrechen und der Strafe, der Sinn für Recht und Ordnung würde untergraben und der Müssiggang befördert.

Alle diese Uebelstände treten aber bei der Verrichtung von Arbeit nicht ein. Diese gilt schon nach der Volksansicht mehr als eine Art von Abverdienung des zugefügten Schadens, denn als eigentliche Strafe, und es wird insofern das allgemeine Rechtsgefühl nicht verletzt, wenn ein Familienangehöriger für den andern bei der Arbeit sich einstellt. Hiebei finden auch alle die nachtheiligen Einwirkungen auf die Moralität nicht statt, wie dieß bei der Gefängnißstrafe der Fall ist.

Hiernach würde der Absatz 2 des §. 143 des Forstgesetzes folgende Fassung erhalten müssen:

Das Einstellen eines andern Subjects für den Strafpflichtigen findet in der Regel nie statt, jedoch darf in dem Falle der Unbeibringlichkeit der Geldstrafe und des Werths und Schadensersatzes

a) die öffentliche Arbeits- oder Gefängnißstrafe durch den Ehemann für seine Frau oder durch einen großjährigen Sohn für seine verwittwete Mutter, so wie

b) die öffentliche Arbeits- nicht aber auch Gefängnißstrafe von einem arbeitsfähigen Mitgliede für das andere oder von den Dienstboten für die Dienstherrschaft erstanden werden.

V.

In Bezug auf die Haftbarkeit dritter Personen für die wegen eines Forstfrevels zu ersetzenden Beträge an Werth, Schaden und Kosten, so wie für die Strafen stellt unser Gesetz folgende Grundsätze auf:

A. Haftbar für Werth, Schaden und Kosten sind: der Ehemann für seine Frau, der Vater und die Mutter für ihre minderjährigen Kinder, der Vormund für den Mündel, die Dienstherrschaft für die Dienstboten, Lehr- und Gewerbsmeister für ihre Gesellen und Lehrlinge, Geschäftsgeber für ihre Geschäftsträger unter den in §. 154 näher bezeichneten Voraussetzungen.

Das Erkenntniß über diese Haftbarkeit gebührt dem Civilrichter.

B. Haftbar auch für die Strafe dagegen sind die Eltern für die Kinder unter 14 Jahren und diejenigen, welche solche in der Pflege haben.

Das Familienhaupt ist daher für die Frevel seiner Kinder, wenn sie über 14 Jahre alt sind, und für jene der übrigen Angehörigen in Bezug auf den Strafpunkt nicht verantwortlich.

Diese Bestimmung des Forstgesetzes ist eine der unheilvollsten, und ich muß aus meinem Geschäftsleben als vollkommen wahr bestätigen, was Brauer in den Blättern für Justiz und Verwaltung Theil I. S. 34 als seine Erfahrung niedergelegt hat, daß es nämlich, wenn mehrere Familienangehörige einschließlich des Gesindes, der Handwerksgehülfen, Pflegsöhne ꝛc. die zweckmäßige Eintheilung treffen und einen von zwei zu zwei Monaten wechselnden Turnus im Freveln unter sich einführen, es nicht möglich ist, einen derselben wegen Rückfalls bestrafen zu können, weil er erst nach 14 Monaten wieder an die Reihe kommt. Richtig ist es ferner auch, daß wenn ein sehr erschwerter und daher mit höherer Strafe belegter Frevel verübt werden soll, hiezu füglich in sehr vielen Fällen Kinder unter 14 Jahren benützt werden können, weil bei ihnen nach §. 170 des Forstgesetzes keinerlei Erschwerungsgründe berücksichtigt werden.

Es ist zwar nicht zu läugnen, daß der Satz, Jemanden nicht blos für das Vergehen in Bezug auf seine bürgerlichen Folgen, sondern auch für die Strafe selbst verhaftet zu erklären, gegen allgemeine strafrechtliche Grundsätze verstößt, allein wollte man ein Forststrafgesetz in allen seinen Theilen auf dieselben Grundsätze bauen, wie ein Strafgesetz überhaupt, dann würde ein mehr als unpraktisches Machwerk geliefert werden. Es muß hier nothwendig den eigenthümlichen Verhältnissen gebührende Rechnung getragen werden.

Wenn ein Sohn von 15 oder mehr Jahren, welcher bei seinen Eltern wohnt, für diese, sei es aus ausdrücklichem Auftrag oder doch mit ihrem Wissen, das Holz im Walde zur Bestreitung des gemeinsamen Feuerungsbedürfnisses holt, so sehe ich nicht ein, warum nicht das Familienhaupt, dem zwar keine physische Theilnahme zur Last gelegt werden kann, auch für die Strafe verhaftet sein soll, da von ihm hauptsächlich die Früchte des Vergehens genossen werden, und er es daher ist, welcher hiedurch den Frevel, statt ihn zu verhindern, was ihm ein Leichtes wäre, begünstigt. Noch schwerer ist einzusehen, warum die Eltern für die Frevel von Kindern unter 14 Jahren haftbar sein sollen, nicht aber auch für jene von ältern Kindern.

Die Letztern sind schon vermöge ihrer mehr ausgebildeten körperlichen Kräfte zur Verübung von Freveln viel tauglicher, als die Ersteren, und werden eben so wenig wie diese für sich selbst freveln.

Man kann als Regel annehmen, daß alle Frevel, welche von Kindern, die bei ihren Eltern wohnen und kein eigenes Hauswesen führen, von Lehrlingen, Handwerksgehülfen, Dienstboten und dergl. nur zum Nutzen der Haushaltung verübt werden.

Es liegt gewöhnlich eine Solidarität zwischen dem Frevler und demjenigen, für welchen das gefrevelte Object entwendet wird, vor, woraus der Grundsatz der Haftbarkeit auch für die Strafe ebenso gut folgt, als der der Zulässigkeit der Stellvertretung beim Strafvollzug. Man wird mir vielleicht entgegenhalten, daß:

1) die Eltern für Werth, Schaden und Kosten dem Waldeigenthümer haftbar sind, und daß hierin für sie ein hin-

Digitized by Google

länglicher Bestimmungsgrnnd liege, ihre Angehörigen vom Frevel abzuhalten; allein diese Verpflichtung ist nach meiner innersten Ueberzeugung eine rein illusorische. Das Erkenntniß über diese Haftbarkeit steht nämlich dem Civilrichter zu; nun frage ich aber, ob es nicht ein Wagniß ohne Gleichen wäre, wenn ein Waldeigenthümer auf dem Wege des gewöhnlichen Proresses seine Ansprüche geltend machen wollte, wenn er, da man dem Ausspruch des Forstgerichts über den wirklich begangenen Frevel wahrscheinlich von Seiten des Civilgerichts nicht einmal Beweiskraft zuschreiben würde, beweisen müßte, daß von einem Familienangehörigen überhaupt in seinem, des Klägers, Walde gefrevelt worden sei, welchen Werth das entwendete Object hatte, welcher Schaden ihm hiedurch zuging, wenn er überdieß noch einen Gegenbeweis zu gewärtigen hat, daß das Familienhaupt den Frevel nicht habe verhindern können? Ich habe wohl nahezu an 100,000 Frevel gethätigt, die Anstellung einer solchen Klage aber nicht erlebt.

Man wird mir

2) entgegnen, daß durch die Bestimmung des §. 171 des Forstgesetzes, wornach gegen den Hehler die gleiche Strafe wie gegen den Feevler erkannt werden kann, das Familienhaupt in den meisten Fällen auch für die Strafe seiner Angehörigen würde haftbar gemacht werden können.

Wenn aber einmal die gefrevelten Gegenstände in das Haus verbracht worden sind, so ist es schwer, nur den Frevel zu konstatiren, weil in der Regel das Holz sogleich verbraucht wird. Könnte es aber auch noch aufgefunden werden, so ließe sich, wenn nicht der Frevler auf der That ertappt wurde, im Ableugnungsfalle gar nicht nachweisen, daß wirklich das Holz entwendet wurde, da der Waldhüter nicht auf den Grund seiner eigenen Wahrnehmungen aussagen könnte. Vereinigen sich aber auch zum Nachtheil des Hehlers alle Umstände, so läßt ihn der §. 171 des Forstgesetzes immer noch Hinterthüren genug auf, um sich der Strafe zu entziehen.

Hiernach müßte der §. 154 folgende Fassung erhalten:

Haftbar für Strafe, Werth, Schaden und Kosten sind:

a) bis incl. e) wie im Gesetze;

f) Geschäftsgeber wegen Vergehen ihrer Arbeiter und Geschäftsträger bei Gelegenheit der ihnen anvertrauten Verrichtungen, diese jedoch nur für Werth, Schaden und Kosten. Alle unter der Bedingung ꝛc. wie im Gesetze.

Der §. 155 würde folgende Fassung erhalten:

Das Erkenntniß über die Haftbarkeit der im vorigen §. benannten Personen gebührt dem Forstgericht mit Ausnahme des unter lit. f) genannten Falls, welcher vom Civilrichter abzuurtheilen ist.

Der Absatz 2 dieses §. müßte gestrichen werden.

Diese Grundsätze sind auch in dem Entwurf des Großherzoglich Hessischen Forststrafgesetzes ausgesprochen, welcher im Jahr 1833 den Ständen vorgelegt wurde.

Der Art. 10 sagt:

Für die wegen verübter Forstvergehen und Frevel zuerkannt werdenden Geldstrafen, die Kosten, das Pfandgeld und den Ersatz des Werths und Schadens müssen haften:

1) die Eltern für ihre leiblichen Kinder, Stiefkinder und Pflegkinder, wenn die Kinder bei ihnen wohnen und keine besondere Haushaltung führen.

2) Vormünder ꝛc.

(Verhandlungen der zweiten Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen von 1833 4r Beilagenband S. 334 und 335.)

Auf zwei Landtagen, 1834 und 1835, wurde dieser Entwurf berathen. Gegen den Grundsatz der Haftbarkeit dritter Personen auch für die Strafe wurde in dem Ausschußberichte von 1834 nicht die geringste Einsprache gemacht, und blos der Antrag gestellt, sie auf die minderjährigen Kinder zu reduciren.

(Verhandlungen von 1834, 2r Beilagenband Beilage Nr. 242 S. 6 und 7.)

Bei der allgemeinen Discussion wurde auch über dieses Princip sich verbreitet, und es sprach sich der Abgeordnete Grolman dahin aus:

„Bei Kindern insbesondere müssen die Eltern haften, und zwar aus dem Grunde, weil sie gewöhnlich diejenigen sind, welche entweder direrk ihre Kinder zu Begehung des Frevels anleiten und Vortheil daraus ziehen, oder welche durch mangelhafte Erziehung und Aufsicht indirert die Begehung des Feevels begünstigt haben."

„Ihre im Gesetzesentwurf ausgesprochene Haft beruht demnach auf triftigen legislatorischen Gründen. Eine solche Haftverbindlichkeit wüede aber im Erfolg vereitelt werden, wenn man z. B. bestimmen wollte: bei einem Kinde, welches einen Forstfrevel begangen hat, soll die gesetzliche Strafe um die Hälfte geringer angesetzt werden. Auf diese Weise würde die für den Forstschutz so nothwendige Haft der Eltern in der Wirkung gänzlich gelähmt und aufgehoben."

(Verhandlungen von 1834, 3r Protokollband, Protokoll Nr. 50 S. 3 und 4.)

Bei der besondern Discussion erhob sich gegen den Grundsatz auch nicht Eine Stimme,

(Verhandl. a. a. O. S. 51 und 52.)

und der Aetikel wurde mit der obenbezeichneten Aenderung des Ausschusses einstimmig angenommen.

(Verhandl. a. a. Orte 56s Protokoll S. 4 Nr. 15.)

Auf dem Landtage von 1835 wurde das ganze Gesetz, da auf dem von 1834 sich von beiden Kammern nicht vereinbart wuede, nochmals berathen.

Der Ausschußbericht veetheidigte wie früher, so auch jetzt, jenen Grundsatz der Haftbarkeit,

(Verhandl. v. 1835, Beilagenbd. I. Beilage Nr. 141 S. 5.)

und nahm den Aetikel mit einigen Nebenbestimmungen an, welche sich darauf beziehen, daß der Deant in einer gewissen Zeitfrist der für den Thäter haftbaren Person Anzeige zu machen hat.

(Verhandl. von 1835, Protokollband I., Protokoll Nr. 23 S. 17 bis 21, Protokoll 25 Frage 10 bis 15.)

Ganz in der obigen Fassung ist er in das Gesetz vom 4. Februar 1837 übergegangen. Die Churhessische Strafordnung enthält die ähnlichen Bestimmungen.

(Schluß folgt)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 5. Karlsruhe den 4. Februar 1843.

Vorschläge zur Abänderung mehrerer Bestimmungen des dritten Theils des Forstgesetzes.

(Schluß).

VI.

Ich komme jetzt zu dem weit aus wichtigsten Punkte, nämlich der Bestrafung der schweren Entwendungsfeevel. An und für sich betrachtet ist der Entwendungsfrevel nichts anderes als Diebstahl.

Dieser Gesichtspunkt und damit das System strengerer Strafen wurde aber von den neueren Forstgesetzgebungen und zwar mit Recht bei den gewöhnlichen Freveln nicht festgehalten. Denn es ist in der Regel nicht sittliche Verdorbenheit, oder eine verbeecherische Willensrichtung, welche zu solchen treibt, sondern die Befriedigung des nothwendigen Holzbedürfnisses.

Wenn aber die Gründe, welche zur mildern Bestrafung der gewöhnlichen Frevel führen, wegfallen, wenn es sich um solche Feevel handelt, die nicht mehr aus Noth verübt werden, dann hat die Gesetzgebung mit strengern Strafen einzuschreiten, und sie muß andere Gesichtspunkte festhalten, wenn sie nicht ihren Zweck aufgeben will.

Zu den schwereren Gattungen der Entwendungsfrevel gehören folgende Fälle:

1) Wenn von einer Person ungeachtet der voeausgegangenen mehrfachen Verurtheilungen fortwährend viele Frevel begangen werden, so daß die Fruchtlosigkeit allee bisherigen angewandten gelinden Strafen am Tage liegt, — die Rückfälle.

2) Wenn das Objekt, welches entwendet wurde, von großer Bedeutung ist, wenn sich ein großer Grad von Beharrlichkeit in Ausübung des Vergehens, also eine höchst gefährliche Willensrichtung zeigt, und namentlich nicht blos eine öftere Wiederholung, wie beim Rückfall eintritt, sondern auch alle anderen mildernden Rücksichten wegfallen, wenn namentlich der Frevel beinahe alle Merkmahle des Diebstahls annimmt, der Erwerbs- und Gewohnheitsfrevel.

Zu 1. Die Rückfälle werden nach §. 149 des Forstgesetzes als Erschwerungsgründe betrachtet, und können nach §. 167 nie höher als mit dem doppelten der oedentlichen Strafe belegt werden, wenn es der Frevler so einzurichten weiß, daß die §§. 168 und 169 auf ihn nicht angewendet werden können, was in der That sehr leicht zu machen ist.

In diesen Bestimmungen muß nothwendig ein Anreiz zum Freveln liegen, wie ich am Besten duech einige Beispiele, welche ich aus Akten entnommen habe, daethun kann.

A. beging vom Januar bis einschließlich Dezember 1836 im Ganzen 105 Frevel, er war daher 104 mal rückfällig. Der 104. Rückfall konnte aber nicht höhee bestraft werden als dee erste, da bei diesem schon der Richter von seinem Rechte, das doppelte der Strafe anzusetzen, Gebrauch gemacht hatte (§ 150 des Forstgesetzes). Bei dem ersten am 9. Januar 1836 begangenen Rückfall (also dem zweiten Frevel) betrug der Werth und Schaden 38 kr., die Strafe also 1 fl. 16 kr., bei dem letzten im November 1836 begangenen Frevel mußte bei gleicher Größe des Werths und Schadens die gleiche Strafe erkannt werden, ungeachtet der Frevler das ganze Jahr hindurch sich widerrechtlich beholzigt, und im Ganzen dem Waldeigenthümer einen Schaden von 49 fl. 29 kr. zugefügt hatte.

Der gesunde Sinn sträubt sich gewiß dagegen, daß der 105. Frevel nicht höher als der zweite bestraft werden soll.

Digitized by Google

B. beging in den sechs Thätigungsperioden des Jahres 1838 nicht weniger als 182 Frevel, der erste Frevel in diesem Jahr war überdieß schon der zwölfte Rückfall. Werth und Schaden des ersten im Jahr 1838 begangenen Frevels betrug 28 kr., der Richter machte auch hier von der Befugniß des §. 150 des Forstgesetzes Gebrauch, und erkannte, den doppelten Betrag als Strafe mit 56 kr. Da der erste Frevel im Jahr 1838 wegen der im früheren Jahre verübten, schon der 12te Rückfall war, so war der 182ste Frevel im Jahr 1838 der 194ste Rückfall, der Werth und Schaden des Letztern betrug 8 kr., die Strafe also 30 kr. Hiernach mußte der 194ste Rückfall um 26 kr. geringer als der 12te bestraft werden. Der Werth des entwendeten Holzes und des zugefügten Schadens betrug in den 6 Perioden im Ganzen 92 fl.

Dieser Frevler war ledig und konnte unmöglich für 46 fl. Holz für sich gebraucht haben.

C. beging vom Januer bis Dezember 1836 die enorme Zahl von 209 Frevel. Der erste mußte, da C. auch im vorhergegangenen Jahr gefrevelt hatte, als Rückfall mit 1 fl. 8 kr. bestraft werden, der letzte 209te Frevel mit 30 kr., also mit 38 kr. weniger als der erste. Der Ersatz des dem Waldeigenthümer in einem Jahre entwendeten Holzes und zugefügten Schadens betrug die große Summe von 179 fl. 18 kr. und der Berechnung derselben waren überdieß noch unsere niederen Tarifansätze zu Grunde gelegt.

Der Gemeinderath gab diesen Frevlern das pflichtgemäße Zeugniß, daß sie jede ihnen angebotene Gewerbsgelegenheit standhaft zurückgewiesen, und daß die gegen sie erkannten polizeilichen Strafen wegen Müßiggangs nichts gefruchtet hätten. Der Grund liegt wohl sehr nahe, der Holzfrevel war für sie ein viel einträglicheres Geschäft. Alle diese Fälle konnten unter den §. 168 des Forstgesetzes nicht subsummirt werden, weil die Frevel nicht in Einer Thätigungsperiode von 2 Monaten, sondern in 6, also in 12 Monaten verübt wurden, und der Verkauf des Holzes oder dessen Verarbeitung auf den Verkehr nicht nachgewiesen werden konnte.

Diese einfachen Beispiele zeigen, wie viel die Gesetzgebung einem Frevler zumuthet, wenn er — um mit einer höhern als der gewöhnlichen Rückfallsstrafe belegt werden zu können, in einer einzigen Periode von 2 Monaten solche Frevel begehen soll, die bis auf die Summe von 80 fl. sich berechnen, wobei dann überdieß der Schaden nur mit der Hälfte seines Betrags in Anschlag kommt (§. 168 a.). Bei aller Liebe und Beflissenheit für sein Gewerb kann der Frevler in einem kurzen Zeitraum von 2 Monaten nicht 3—4 Klafter nicht zugerichtetes Holz stehlen.

Er nimmt sich daher hiezu etwas mehr Zeit, verlegt einen Theil seiner nutzbringenden Thätigkeit in eine oder mehrere der nächsten Perioden, wird nach mehreren hundert Frevln mit derselben Strafe belegt, wie bei dem 2ten, verrichtet sodann als Strafe öffentliche Arbeit, die nicht der geringsten Taglöhnerarbeit gleich steht, und bezieht aus öffentlichen Kassen neben dem Umstande, daß er durch den Holzfrevel nicht nur sein Feuerungs- sondern einen großen Theil seiner übrigen Lebensbedürfnisse gedeckt hat, — noch das Brod, während der Waldeigenthümer, nachdem für den Frevler so vortrefflich gesorgt ist, den ihm zugefügten Schaden ruhig leiden und noch wohl zufrieden sein muß, wenn er im nächsten Jahr nicht einen weit größeren zu erleiden hat.

Wo die Thatsachen so laut sprechen, wie hier, bedarf es keiner weitern Ausführung darüber, daß eine radikale Abhülfe nothwendig ist.

Die zweite Kammer hat dieß auch anerkannt, und in der mehrerwähnten 135sten Sitzung des Landtags von 1839 den Antrag, daß die Strafe der wiederholten Rückfälle bei den Entwendungsfreveln erhöht werden soll, ohne Widerspruch angenommen.

Verhandlungen derselben 14. Protokollheft S. 73.

Die Commission war damals der Ansicht, daß jeder Wiederholungsfall mit einer bestimmten höheren Strafe getroffen werden müsse.

Verhandlungen von 1835 VIII. Beilagenheft S. 308.

Die oben angeführten Beispiele dürften wohl zeigen, daß, — wollte man dieses System konsequent durchführen, — man bis zu einer ungeheuren Höhe der Strafen kommen müßte, selbst wenn man nur im Dezimalfuß rechnen und die Strafe je von 10 zu 10 Rückfällen steigern wollte.

Angemessener würde es mir erscheinen, wenn man mit der Lehre von den Rückfällen

Zu 2. Jene von den ihrem Objekt nach bedeutenden und von den Gewohnheitsfreveln in solchen Einklang stellen würde, daß:

a) derjenige, der sich einer gewissen Zahl von Rückfällen in einer bestimmten Zeit schuldig macht, sogleich von dem Richter mit Gefängnißstrafe belegt werden kann.

Dieser Zeitraum müßte aber natürlich nicht wie es im §. 168 des Forstgesetzes geschehen ist, sich bloß auf die Dauer einer einzigen Thätigungsperiode beschränken.

Digitized by Google

Der Richter müßte überdieß für die Ausmessung der Strafe einen gehörigen Spielraum haben, so daß

b) eine höhere Strafe eintritt, wenn der Frevler nicht nur wiederholte Rückfälle sich zu Schulden kommen ließ, sondern überdieß die Frevel auch nach der Summe des Werths und Schadens als bedeutende erscheinen.

In dieser letztern Beziehung aber müßten die im §. 168 a und b aufgeführten Geldbeträge herabgesetzt werden.

Eine dringende Anforderung wäre es aber auch ferner, daß ein Rückfall nur dann angenommen wird, wenn ein Frevler, ungeachtet einer vorausgegangenen Bestrafung, ein gleichartiges oder gleiches Forstvergehen sich zu Schulden kommen läßt, so daß wenn A. in der einen Periode sein Holz nicht zur gehörigen Zeit aus dem Walde führt, in der andern aber einen Entwendungsfrevel verübt, dieser nicht als Rückfall angesehen werden kann.

Hat sich aber der wegen wiederholten Rückfalls mit Gefängnißstrafe belegte Frevler durch diese Strafe von dem Vergehen nicht abhalten lassen, hat er überdieß wegen der objektiven Größe des Frevels schon das Maximum der Gefängnißstrafe erstanden, und er verfällt abermals in das Vergehen, dann tritt

c) für ihn als Gewohnheitsfrevler die höhere, nämlich Arbeitshaus- oder Kreisgefängnißstrafe ein.

d) Von dem Begriff des Gewohnheitsfrevels ausgeschlossen wären die im §. 169 a und b aufgeführten Merkmale des Veräußerns oder Verarbeitens des entwendeten Holzes auf den Verkehr, welche als selbstständiges Forstvergehen als Erwerbsfrevel aufgeführt werden müßten; worauf ich später zurückkommen werde.

e) Ohne Rücksichtsnahme auf Rückfälle würde ferner als selbstständiges Forstvergehen erscheinen der große Frevel, wenn nämlich Werth und Schaden einen solchen Betrag erreichen, daß es offenbar schon hieraus hervorgeht, daß das Vergehen nicht aus Noth verübt wurde, sondern entweder auf den Gewinn oder mit einem hohen Grad von böser Absicht, z. B. um dem Waldeigenthümer einen sehr bedeutenden Schaden zuzufügen.

Ich glaube, daß, wenn die Gesetzgebung über schwerere Forstvergehen auf diese Grundsätze gebaut wird, sie einen wirksamen Schutz verleiht.

Gegen den §. 168 des Forstgesetzes wird mit Recht eingewendet, und die oben angeführten Beispiele liefern hiefür die sprechendsten Belege, daß es nur höchst selten oder beinahe gar nicht gelingen wird, einen Frevler nach jenen Bestimmungen behandeln zu können, eben weil verlangt wird, daß er die große Anzahl von Frevel, welche einen Werth und zur Hälfte angenommenen Schaden von 80 fl. repräsentiren, in der kurzen Zeit von 2 Monaten begangen haben müssen. Diese letztere Bestimmung lähmt alle Wirksamkeit des Gesetzes; denn wenn ein Frevler innerhalb eines Jahrs, wie oben angeführt, 209 Frevel begeht, deren Betrag, wenn man den Schaden ganz in Ansatz bringt, 179 fl. 18 kr. ausmacht, so muß man ihn zu den gefährlichen großen Frevlern rechnen, ungeachtet er ein Jahr hiezu brauchte, um so viel zu entwenden, und nicht blos 2 Monate.

Um gedachte Gesetzesstellen anwenden zu können, müßte ein Frevler wenigstens Tag für Tag für 1 fl. Holz stehlen, also in 2 Monaten wenigstens 4 Klafter.

Die Bestimmungen im Absatz b schützen ebenfalls wenig, da der Verkauf oder die Verarbeitung für den Verkehr beinahe nie nachgewiesen werden kann.

Aus diesem letztern Grunde sind auch die Vorschriften des §. 169 a und b unwirksam.

Zum Begriff des Gewohnheitsfrevels an und für sich gehört es gewiß nicht, daß die entwendeten Gegenstände veräußert oder auf den Verkehr verarbeitet werden; denn es kann ja leicht der Fall vorkommen, daß jemand das ganze Jahr hindurch sehr bedeutende Frevel verübt, ohne von dem entwendeten Holze etwas zu verkaufen.

Niemand wird des letzten Umstands wegen behaupten, daß er kein Gewohnheitsfrevler sei. Eben so wenig möchte ich als einen Gewohnheitsfrevler denjenigen bezeichnen, welcher in vier Jahren vier Frevel, wovon jeder an Werth und Schaden wenigstens 3 fl. beträgt, begeht, und sowohl bei dem ersten im Jahr 1830 als dem vierten im Jahr 1834 begangenen das Entwendete veräußert, und doch sollte dieser nach Absatz 2 des §. 169 verglichen mit §. 149 a ein Gewohnheitsfrevler sein.

Wer das Entwendete verkauft, soll strenger bestraft werden, weil alle mildernden Rücksichten hier wegfallen, und seine Handlungsweise dem Diebstahl sich gleichstellt; aber man kann doch hier, wo zwischen jedem Frevel ein Jahr in der Mitte liegt, gegen allen Sprachgebrauch und gegen die richtige Begriffsbestimmung nicht von einer Gewohnheit im Freveln reden.

Digitized by Google

Deßhalb trenne man die völlig verschiedenen Begriffe und bestrafe, wie oben bemerkt, die unter a und b des §. 169 aufgeführten Handlungen als Frevel zum Erwerb.

Im Abschnitt c dieses Paragraphen sind nun die Merkmale angegeben, welche den eigentlichen Gewohnheitsfrevel bezeichnen. Hiezu wird erfordert, daß:

der Frevler innerhalb einer Frist von 2 Jahren des sechsten Rückfalls, also des siebenten Frevels sich schuldig mache, und daß sowohl bei dem ersten Straffalle als bei jedem einzelnen Rückfalle der Werth und Schaden wenigstens drei Gulden betragen habe.

Ich halte diese Bestimmung für die unglücklichste des ganzen Gesetzes und belege meine Behauptung mit einem einfachen aber schlagenden (von Brauer in den Blättern für Justiz und Verwaltung I. S. 239 aufgeführten) Beispiel:

A. frevelt in 7 Perioden für 3 Gulden an Werth und Schaden, also im Ganzen für 21 fl. Er ist sonach Gewohnheitsfrevler.

B. frevelt 30 Jahre lang, also in 180 Perioden jedesmal für 2 Gulden, also im Ganzen 360 fl. — Er ist kein Gewohnheitsfrevler.

C. frevelt in einem Jahr, also in 6 Perioden oder jedesmals für 50 fl. an Werth und Schaden, also für 300 fl. im ganzen Jahr. Er ist kein Gewohnheitsfrevler.

Der Fehler liegt wieder hier ganz besonders darin, daß man im Gesetze verlangt hat, daß innerhalb einer Frist von 2 Jahren der sechste Rückfall begangen worden sein müsse, und daß man den Betrag eines jeden einzelnen in Computation kommenden Frevels auf drei Gulden festgesetzt hat.

Dadurch sind dem schlauen Gewohnheitsfrevler stets eine Menge von Auswegen offen gelassen, welche sie denn auch ganz richtig schon aufgefunden haben; z. B. wenn ein Frevler innerhalb 2 Jahren den sechsten Rückfall beging, es aber so einrichtete, daß der Werth und Schaden des Frevels nur 2 fl. 59 kr. beträgt, so kann er als Gewohnheitsfrevler nicht gestraft werden.

Es kann sich nun folgender sonderbarer Fall ergeben:

A. frevelt in 2 Jahren siebenmal und zwar jedesmal für 3 Gulden, wird also mit Arbeitshausstrafe belegt.

B. frevelt in der gleichen Zeit 300 mal und zwar so, daß die in einer und derselben Thätigungsperiode verübten Frevel den Betrag von 50 fl. an Werth und Schaden erreichen — (aber nicht darüber conlr. §. 168 b.)

Bei dem siebenten Frevel, also dem sechsten Rückfall oder bei dem Beginne der siebenten Periode, denkt er nun an unsere gesetzliche Bestimmung und erwägt, daß, wenn ein Frevel oder der Inbegriff der in einer Periode verübten den Betrag von 3 fl. erreicht, ihm die Arbeitshausstrafe gewiß ist. Er frevelt daher um Einen Kreuzer weniger und entgeht mit dieser am rechten Ort angebrachten Subtraktion der Arbeitshausstrafe.

A. wird also für 7 Frevel im Betrage von 21 fl. in's Arbeitshaus geschickt.

B. für 300 Frevel im Betrage von 302 fl. 59 kr. mit der Geldstrafe belegt, die nicht beigebracht werden kann, jener ist Gewohnheitsfrevler, dieser nicht, und doch findet nach den richtigen Begriffen des gewöhnlichen Lebens wohl das Gegentheil statt.

Auffallend ist es auch, wie sehr die Frevler die vom Gesetz ihnen geöffneten Hinterthüren zu benützen verstehen.

Ich habe sehr viele Rückfallsregister durchgesehen und gefunden, daß die Frevel der sechsten Periode meistens die ihrem Betrag nach geringeren waren.

Um alle diese Uebelstände möglichst zu heben, möchten folgende Bestimmungen in das Gesetz aufzunehmen sein.

A. Ueber Rückfälle.

Wer innerhalb eines Jahrs seit einer wegen eines Entwendungsfrevels an stehendem Holze, eines Frevels durch Beschädigung oder auch wegen eines an Forsterzeugnissen in Waldungen verübten gemeinen Diebstahls gegen ihn erfolgten Verurtheilung sich eines neuen Frevels schuldig gemacht hat, wird als rückfällig gestraft.

Der Frevelrichter ist ermächtigt bei Rückfällen die ordentliche Strafe bis auf das Doppelte zu erhöhen.

Wurde die doppelte Strafe innerhalb drei Thätigungsperioden oder einer kürzern Zeitfrist dreimal gegen den Frevler erkannt, so tritt für den nächsten Rückfall Amtsgefängnißstrafe ein, und zwar bis zu 4 Wochen, wenn der Werth des Entwendeten (§. 158 a) und der weitere Schaden (§. 158 b) entweder eines einzelnen Frevels oder der sämmtlichen in obiger Zeitfrist verübten Frevel zusammengenommen den Betrag von 25 fl. nicht übersteigt.

B. Ueber große Frevel.

Wenn bei einem einzelnen Frevel oder bei den innerhalb dreier Thätigungsperioden verübten Freveln zusammengenommen oder bei einem Frevel, welcher nach den Bestimmungen unter lit. A. als mit Gefängniß zu belegender Rückfall erscheint, der Werth des Entwendeten und der Schaden über 25 fl. beträgt, so tritt Kreisgefängnißstrafe ein.

C. Ueber Erwerbfrevel.

Wer das Entwendete oder einen Theil desselben veräussert oder auf den Verkehr verarbeitet, wird, wenn der Werth des Entwendeten und des Schadens den Betrag von 25 fl. nicht übersteigt mit Amtsgefängniß, im andern Falle aber mit Kreisgefängniß nicht unter 8 Wochen bestraft.

D. Ueber Gewohnheitsfrevler.

Wer sich, ungeachtet er wegen Rückfalls schon mit 4 Wochen Gefängniß bestraft wurde, noch eines weitern

Digitized by Google

Rückfalls schuldig macht, wird als Gewohnheitsfrevler mit Kreisgefängniß nicht unter 3 Monaten bestraft.

Wenn aber wegen Rückfalls bei einem großen Frevel schon Kreisgefängniß erkannt war (vergl. oben lit. B), oder wenn der Frevel, welcher als Gewohnheitsfrevel zur Bestrafung vorliegt, an Werth und Schaden 25 fl. erreicht, also zugleich als großer Frevel erscheint, tritt Arbeitshausstrafe bis zu 2 Jahren ein.

Bei der Berechnung der Strafe derjenigen Rückfälle, bei welchen Gefängniß eintritt, werden die Entwendungen an Holz (mit Ausschluß des Raff- und Lesholzes), so wie die Entwendungen an Harz und Rinde, nebstdem aber auch noch die sonst zu den Beschädigungen gerechneten Nachtweiden (§. 173), diese jedoch nur mit der Hälfte des dabei gesetzlich anzurechnenden Schadens, (§. 174) in Anwendung gebracht.

Zur Begründung der einzelnen Vorschläge werde ich nur Weniges nach der bisherigen Ausführung nachzutragen haben.

Den schwereren Forstvergehen wurden die in dem Entwurfe des neuen Strafgesetzes aufgenommenen Arten der Gefängnißstrafe zu Grunde gelegt, nämlich Amtsgefängniß, Kreisgefängniß und Arbeitshaus; — in der Voraussetzung, daß jenes Gesetz in Bälde in Wirksamkeit treten werde.

Ich hielt es für zweckmäßig, die zwischen dem einfachen Frevel und dem Gewohnheitsfrevel liegenden vielen Abstufungen möglichst zu berücksichtigen, so daß die drei ersten Rückfälle nur mit der doppelten Strafe des ersten Frevels belegt werden, während spätere Rückfälle zwar schon härter bestraft, dennoch aber nicht als Gewohnheitsfrevler charakterisirt sind.

Bei diesen späteren Rückfällen ist nun nach obigem Vorschlag dem richterlichen Ermessen ein hinreichender Spielraum in Erkennung der Strafe gelassen, und zwar bei dem geringeren Frevel bis zu 4 Wochen Amtsgefängniß, bei den größeren bis zu Kreisgefängnißstrafe innerhalb des für diese in dem Entwurf des Strafgesetzes bestimmten Strafrahmens von 4 Wochen bis zu einem Jahr.

Ich halte diesen Punkt für durchaus wesentlich, weil es viel zu hart wäre, vom wiederholten Rückfall bei einfachen Freveln sogleich auf die strenge Strafe, die den Gewohnheitsfrevler nothwendig treffen muß, überzuspringen.

Der Richter wird also bei dem unter lit. A. vorgesehenen Falle gegen den Frevler öfters Gefängnißstrafe erkennen können, bis er zu dem Maximum von 4 Wochen greift.

Hat sich nun der Frevler durch die einfachen dreimal gegen ihn erkannten Rückfallstrafen und durch die mehrfach und bis zu 4 Wochen gegen ihn in Anwendung gebrachte Amtsgefängnißstrafe von weiterem Freveln doch nicht abhalten lassen, — dann kann man wohl eine solche Intensität und Stärke des verbrecherischen Willens annehmen, daß man ihn für einen Gewohnheitsfrevler erklärt, und mit härtern Strafen belegt.

Diese sind aber immerhin noch mild, wenn man sie mit den Bestimmungen zusammen hält, welche der Entwurf des Strafgesetzes, wie er aus den Berathungen der zweiten Kammer hervorging, in §. 163 a und b für den dritten und fortgesetzten Feldfrevel festsetzt.

Als gerecht wird ferner anerkannt werden müssen, wenn gegen die bisherige Gesetzesvorschrift bei Berechnung der Rückfälle und folglich auch bei Bestimmung der Gewohnheitsfrevel nur gleiche und gleichartige Frevel berücksichtigt werden.

Es würde doch in der That gegen alle Grundsätze der Gerechtigkeit verstoßen, wenn man jemanden, welcher in Gemäßheit der sub A. enthaltenen Bestimmungen mit 4 wöchentlichem Amtsgefängniß belegt würde, als Gewohnheitsfrevler bestrafen wollte, weil er in der nächsten Periode, wegen Uebertretung einer forstpolizeilichen Vorschrift, z. B. wegen Bauen in der Nähe von Waldungen, Errichtung von Werkstätten oder Holzniederlagen in an Waldungen gelegenen Gebäuden zur Anzeige gebracht wird.

Vergleicht man die oben aufgestellten Grundsätze über schwerere Forstvergehen mit den Bestimmungen anderer Gesetzgebungen, so wird man finden, daß dieselben die richtige Mitte halten.

Nach Artikel 24 des Großherzoglich Hessischen Gesetzes vom 4. Februar 1837 werden die Gewohnheitsfrevler außer der festgesetzten Geldbuße vom Forststrafrichter mit einem Zusatz von 14 Tagen Correktionshaus belegt, welche von demselben bis auf 3—4 Wochen erhöht werden kann, wenn im nächsten Quartal der Bestrafte sich eines abermaligen Frevels schuldig macht, die Geldbuße kann aber bis zu einer solchen Summe erhöht werden, welche in Gefängniß verwandelt bis zur Dauer von einem Jahre ansteigt.

Das Forststrafgesetz für den baierischen Rheinkreis vom 28. Dezember 1831 setzt als Maximum der Freiheitsstrafen vierwöchentliches Gefängniß fest, während das französische Forstgesetz vom 21. Mai 1827 (§. 213 und 214) zweimonatliches Gefängniß als höchste Strafe aufgenommen hat, wobei jedoch die als Vollstreckungsmittel zur Beitreibung der Geldstrafe zulässige Haft jeweils unabhängig von der Gefängnißstrafe erkannt werden muß.

Nach dem königlich preußischem Gesetze vom 7. Juni 1821 wird bei der zum 2ten und 3tenmale begangenen Wiederholung eines Frevels der sechsfache Werth als Strafe angesetzt (§. 3), wogegen die vierte und fernere Entwendung mit Einsperrung von 4 Wochen bis zu zwei Jahren in einem Arbeits- oder Besserungshaus belegt wird (§. 30).

Nach der churhessischen Strafordnung vom 30. Dezember 1822 wird eine schon häufig wegen Frevel bestrafte Person oder eine solche, die gefrevelte Gegenstände verkauft, neben der gewöhnlichen Geldstrafe mit angemessener Gefängniß-, Zwangs-Arbeits- oder Zuchthausstrafe bis zu ein Jahr oder auch, wenn diese fruchtlos bleiben würde, mit längerer Zuchthaus- und Eisenstrafe belegt (§. 40).

Digitized by Google

Das Königlich Sächsische Mandat vom 27. November 1822 belegt den 3 Thaler übersteigenden Holzfrevel mit Zuchthaus; bei Wiederholungen tritt sogar körperliche Züchtigung mit Ausstellung an den Strafpfahl ein.

Das Nassauische Forststrafgesetz vom 9. November 1816 bestraft den einfachen ersten Forstfrevel mit dem doppelten Werth des Entwendeten, den zweiten mit 8 Tagen Gefängniß, abwechselnd bei Wasser und Brod unter Erhöhung der Strafe, wenn der Werth des gestohlenen 1 fl. oder mehr beträgt, mit je einem weitern Tag für 20 kr. Werth, — den dritten Frevel mit 4wöchentlichem Gefängniß, den vierten und weitern Frevel mit drei Monat Correktionshaus, dem noch so viele Wochen hinzugesetzt werden, als der Werth um einzelne Gulden über Zehn hinausgeht (§. 12, 13, 14).

Der „beschwerte" Forstdiebstahl, welcher begangen wird durch Entwendung eines Stammes und dessen Aeste ohne Unterschied, ob er vor dem Diebstahl noch stand, oder schon gefällt war, ferner von solchem Holz, das zur Bildung eines Zauns um künstliche Pflanzungen im Walde dient, — wird nach diesem Gesetze bestraft, und zwar der erste mit Zahlung des doppelten Werths, der zweite mit 14 Tage Gefängniß, abwechselnd bei Wasser und Brod, unter Zusetzung so vieler Tage als viel mal die Summe von 30 kr. über 1 fl. hinaus in dem Werth enthalten ist, der dritte mit dreimonatlichem Correktionshaus, wenn die gestohlene Sache 10 fl. oder weniger Werth ist, der vierte und jeder weitere wird als peinliches Verbrechen mit Zuchthaus von wenigstens zweijähriger Dauer belegt (§. 4).

Wenn die oben vorgetragenen Grundsätze angenommen würden, so müßten die §§. 137 Absatz b, 146, 149 und 150 in entsprechender Weise abgeändert werden, namentlich könnten die ersten beiden Absätze des §. 146 ganz wegfallen, da, wenn bei einem Frevel oder auch dem Inbegriff mehrerer zu gleicher Zeit zur Aburtheilung kommender, der Werth und Schaden sich höher als 25 fl. beläuft, schon Kreisgefängnißstrafe eintreten würde.

VII.

Als Anhang zu dem Bisherigen erlaube ich mir noch einige Bemerkungen über die zum Vollzug der Erkenntnisse in Forstfrevelsachen erlassenen Verordnungen.

Durch einen raschen und kräftigen Vollzug der Strafe kann in vielen Fällen die Unzulänglichkeit eines Gesetzes geheilt werden, allein gerade die Hindernisse, welche einem solchen Strafvollzug im Wege stehen, sind es, über welche von den Forstgerichten vielfach Klage geführt wird.

Für diese ist es ohnedies keine geringe Aufgabe, den Vollzug einer großen Masse von Forstfrevelstrafen zu leiten.

Gewöhnlich müssen dieselben in öffentliche Arbeit verwandelt werden, und es hält schwer, alsdann eine große Anzahl von Frevlern auf eine solche Weise zu beschäftigen, daß sie wenigstens einen Theil ihrer Strafe abverdienen.

Wenn die Forstbehörden selbst nicht in der Lage sind, sie zu übernehmen, bleibt nichts anders übrig, als sie den Gemeinden zu überweisen, und von diesen wurde hiegegen öfters Schwierigkeiten erhoben, selbst wenn es unentgeldlich geschah.

Ob von den Gemeinden der Strafvollzug stets mit der erforderlichen Sorgfalt überwacht wird, möchte wohl billig bezweifelt werden können.

Eine Masse von Kräften, mit welcher bei strenger Beaufsichtigung manches nützliche Werk gefördert werden könnte, geht auf diese Weise verloren. Oft aber tritt auch der Fall ein, daß, weil das Forstgericht keine Gelegenheit zur Beschäftigung der Frevler findet, die Strafen verjähren, und der Frevler ganz leer ausgeht.

Wegen dieser Schwierigkeit des Strafvollzugs, wegen der oft vorkommenden Vergeudungen von Arbeitskräften muß daher mit aller Strenge darauf gesehen werden, daß die ordentliche Strafe für Forstfrevel, nämlich die Geldstrafe, (wo immer möglich) beigetrieben werden kann.

Zwei Punkte scheinen es mir zu sein, welche der Beibringung der Geldstrafen hinderud im Wege stehen, nämlich

1) die Bestimmung des §. 8 der Verordnung vom 15. September 1834 (Regierungsblatt Nr. 42 S. 309) zufolge welcher die Pfändung derjenigen Frevler, welche sich über ihre Vermögenslosigkeit nicht durch ein vorschriftsmäßiges Gemeinderathszeugniß ausgewiesen haben, nach der Steuerexekutions-Ordnung vorgenommen wird.

2) Die Vorschrift der Verordnung vom 21. Oktober 1837 (Regierungsblatt Nr. 39. S. 343), wornach diejenigen Strafbeträge, welche nach einer von dem Bürgermeister, zwei Gemeinderäthen und dem Steuerheber ausgestellten Bescheinigung als unbeibringlich bezeichnet werden, sofort in die stellvertretenden Strafen verwandelt werden müssen.

Zu 1. Der §. 26 der Steuerexekutions-Ordnung schreibt vor:

„die Realexekution darf nur die Fahrniß der Restanten ergreifen, nie aber die unbeweglichen — der Grund oder Häusersteuer unterliegenden Gegenstände, deren Verkauf wegen Steuerrückständen hiemit gänzlich aufgehoben und verboten wird.

So sachgemäß diese Bestimmung für Steuerrückstände erscheint, so möchte sich doch kaum eine Ausdehnung auf Geldstrafen in Forstfrevelsachen rechtfertigen lassen.

Der §. 217 des Forstgesetzes schreibt vor, daß nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses das Forstgericht von Amtswegen für den Vollzug zu sorgen, und nach Umlauf der in demselben gesetzten Frist den „Vermögenszugriff" wegen Zahlung des Schadensersatzes, Strafe und Kosten zu verfügen habe.

Nun versteht man aber unter Vermögen die Gesammtheit aller derjenigen Gegenstände, die einer Person gehören, und nicht bloß seine Fahrniß. Hätte also das

Digitized by Google

Forstgesetz die Absicht gehabt, wegen Frevelstrafen den Zugriff auf Liegenschaften für unzulässig zu erklären, so hätte es statt des Worts „Vermögenszugriff" den Ausdruck „Fahrnißpfändung" wählen müssen, was es aber und gewiß aus guten Gründen nicht gethan hat; denn der Zugriff bezieht sich ja nicht bloß auf die der Forstgerichtsbarkeitskasse zufließenden Strafen, sondern auch auf den dem Waldeigenthümer gebührenden Schadensersatz, und dieser hat doch wohl das Recht, zur Realisirung seiner Ansprüche alle diejenigen Vollstreckungsmittel anwenden lassen zu können, welche von den Gesetzen als solche für zulässig erklärt sind, wozu denn ganz besonders der Zugriff auf unbewegliche Güter gehört.

Man denke sich nur den Fall, daß der beschädigte Waldeigenthümer von dem ihm nach §. 153 des Forstgesetzes zustehenden Rechte: vor oder nach dem Erkenntnisse des Forstgerichts in Betreff seiner Ersatzansprüche einen Austrag vor dem Civilrichter zu verlangen, — Gebrauch macht;

Hier wird, wenn die Sache bis zum Vollstreckungsverfahren vor diesem kommt, wohl nicht der geringste Zweifel obwalten, daß er sich an die Bestimmungen des Gesetzes über das Vollstreckungsverfahren, nämlich den 42sten Titel der Proceßordnung und nicht an die Verordnung über den Vollzug der Forststraferkenntnisse hält.

In diesem Falle hätte also der Beschädigte ausgedehntere Befugnisse, um seine Ansprüche gegenüber dem Beschädiger zu effektuiren als in dem andern, wenn er sich nämlich auch wegen des Civilpunkts dem Erkenntnisse des Forststrafrichters unterwirft, ungeachtet die Forderung auf völlig gleichen Gründen beruht.

Eine solche Ungleichheit, welche zur Ungerechtigkeit führt, wollte aber das Gesetz nicht sanktioniren, da es zu deutlich das ganze Vermögen des Schuldners und nicht bloß einen Bestandtheil desselben als Gegenstand der Vollstreckung bezeichnet.

Es konnte aber auch das Gesetz keine andere Verfügung aufnehmen, weil es sich sonst mit einer Reihe anderer gesetzlicher Bestimmungen in grellen Widerspruch gesetzt und zur offenbaren Rechtsverletzung des Beschädigten ein neues beneficium competentiae für den Frevler eingeführt hätte.

Wegen jedes und auch des geringsten Civilanspruchs ist der Zugriff auf Liegenschaften begründet, sogar wegen des kleinsten Betrags an Untersuchungskosten, die überdieß noch eines Vorzugsrechts genießen, ist dieß der Fall. Gleiches Recht hat in Ehrenkränkungssachen der Gekränkte, welcher die ihm zuerkannte Geldstrafe auf alle Weise beitreiben kann.

Es ist hiernach wohl klar, daß die oben bemerkte Bestimmung der Vollzugsverordnung im Widerspruche mit dem Gesetze steht, und daher diesem angepaßt werden muß.

Es läßt sich dagegen auch nicht einwenden, daß dieß zu einer zu großen Härte führen würde, denn die ärmere Klasse besitzt in der Regel keine Liegenschaften oder wenn dieß der Fall ist, sind sie so sehr mit Pfandlasten beschwert, daß ein Zugriff erfolglos wäre.

In einem solchen und dem weitern Falle, wenn die Familie durch Veräußerung ihrer Liegenschaften obdachlos oder deren Nahrungsstand gefährdet würde, könnte die Forstgerichtsbarkeitskasse im Einverständniß mit dem Forststrafrichter ermächtigt werden, wegen des Straf- und Kostenbetrags Umgang von dem Liegenschaftszugriff zu nehmen.

Die Strenge des Gesetzes würde und sollte in der Regel nur diejenigen treffen, welche, ungeachtet sie im Besitze von Haus und Gütern sind, aber keine dem Zugriff unterworfene Fahrniß haben, wohl im Stande wären ihren Holzbedarf auf rechtliche Weise sich zu verschaffen, oder die Strafe zu bezahlen.

Zu 2. Der §. 217 des Forstgesetzes schreibt vor, daß, wenn in der vom Gerichte festgesetzen Frist die Zahlung der ganzen urtheilsmäßigen Summe an Schadensersatz, Strafen und Kosten nicht erfolgt, sofort nach vergeblich versuchtem Vermögenszugriff oder bescheinigter Vermögenslosigkeit nicht erfolgen kann, die stellvertretenden Strafen verfügt werden sollen.

Seit dem Bestehen des Forstgesetzes sind nun 2 Wege eingeschlagen worden, um diese gesetzliche Bestimmung gehörig in Vollzug zu setzen.

Der erste durch die Verordnung vom 15. September 1834 befolgte besteht darin, daß, wenn nicht ein Zeugniß über Vermögenslosigkeit von einem Schuldner selbst beigebracht wird, gegen sämmtliche Restanten die Vollstreckung verfügt und erst nach fruchtlosem Vermögenszugriff die stellvertretende Strafe erkannt wurde.

Der zweite durch die Verordnung vom 21. Oktober 1837 gewählte Weg besteht darin, daß der Vermögenszugriff nur gegen diejenigen Frevler gerichtet wird, welche nicht durch die im amtlichen Wege vom Forstgerichte erhobenen Zeugnisse des Gemeinderaths und Steuererhebers für zahlungsunfähig erklärt wurden.

Bedenkt man, daß unter den Frevlern gewöhnlich der bei weitem größere Theil unvermöglich ist, daß nach der erstern Verordnung hunderte von Pfändungen vorgenommen werden mußten, deren Erfolglosigkeit vorausgesehen werden konnte, daß hiedurch nicht nur gegen die Schuldner eine höchst nutzlose Vexation geübt, sondern auch der Strafvollzug sehr verzögert und den Erhebungsbehörden eine unnöthige Geschäftslast aufgebürdet wurde, so wird man sich wohl unbedingt für das System der zweiten Verordnung erklären müssen, — und dennoch hat sie für den ordnungsmäßigen Vollzug der Erkenntnisse keine ersprießlichen Folgen gehabt, wie dieß von beiden Kammern im Jahr 1839 anerkannt wurde. Sie beruht auf dem Grundsatz, daß die Vermögenszeugnisse möglichst getreu ausgestellt werden sollen. Der Grundsatz ist richtig, aber die Erfahrung hat gezeigt (Blätter für Justiz und Verwaltung Jahrgang I. S. 243 und 567), und es wurde dieß namentlich von den Commissionen beider Kammern im Jahr 1839 zugegeben, daß viele Gemeinderäthe mit Ertheilung von Armuthszeugnissen nur allzu freigebig sind, daß hiedurch die Masse der in Arbeit zu verwandelnden Strafen ungeheuer an-

Digitized by Google

wächst, und daß in der That nicht mehr die Geld-, sondern die Arbeitsstrafe zur ordentlichen Strafe wird.

Der Beizug der Steuererheber zur Anstellung der Vermögenszeugnisse hat auch den gewünschten Erfolg nicht gehabt, weil sie, obgleich mit den Vermögensverhältnissen der Ortseinwohner in der Regel am besten vertraut, doch selten selbstständig genug sind, um gegen die Ansichten des Bürgermeisters und zweier Gemeinderäthe zum Nachtheil ihrer Mitbürger die Interessen der Forstgerichtsbarkeitskasse zu wahren.

Um diesem Uebelstande zu steuern hat im Jahr 1839 die Commission der zweiten Kammer den Vorschlag gemacht, daß die Gemeinden, deren Angehörige die Frevelstrafe wegen Armuth nicht bezahlen können, auf Verlangen des Waldeigenthümers den Frevler die stellvertretende öffentliche Arbeit zu ihrem Vortheil erstehen zu lassen und dafür dem Waldeigenthümer die Hälfte des Strafbetrags zu vergüten habe.

Das Mittel wäre ohne Zweifel wirksam, es ist aber etwas zu drastisch, als daß ich demselben meine Zustimmung zu geben vermöchte.

Ich erlaube mir einen andern Vorschlag zu machen, von welchem ich zwar von vorneherein bemerken will, daß er den eingerissenen Uebelstand nicht radikal zu heilen vermag, daß er aber doch wesentlich dazu beitragen wird,

a. dem allzu leichtfertigen Ausstellen von Armuthszeugnissen vorzubeugen und
b. wenn dieß dennoch geschehen sollte, die Behörde in den Stand zu setzen, mit Sicherheit die gebührenden Ordnungsstrafen gegen die Ortsvorgesetzten zu erkennen.

Mein Vorschlag geht dahin, daß zwar wie bisher die Vermögenszeugnisse von dem Gemeinderath und Steuererheber ausgestellt werden, daß es aber nicht unbedingt und allein von dem Inhalte derselben abhängen soll, ob der Vermögenszugriff verfügt werde oder nicht. Die Vermögenszeugnisse sollen vielmehr bei der Frevelthätigung vom Bezirksförster durchgesehen werden und ihm solle es zustehen, auch wenn die Vermögenslosigkeit mehrerer Frevler vom Gemeinderathe attestirt ist, in Fällen, wo er diese Attestation für unrichtig hält, den Vermögenszugriff zu verlangen.

Der Bezirksförster ist unstreitig in seiner Eigenschaft als Forstpolizei- und Wirthschaftsbeamter hauptsächlich dabei interessirt, daß die Straferkenntnisse gehörig vollzogen werden, es ist daher nicht mehr als billig ihm bei diesem Vollzuge eine Mitwirkung einzuräumen.

Wissen die Gemeindebeamten und der Steuererheber, daß ihre Attestation noch eine weitere Controle zu passiren hat, dann werden sie auch nach und nach vorsichtiger werden.

Man könnte mir zwar einwenden, daß der Bezirksförster selten in der Lage sein möchte, die Vermögensverhältnisse der Forstfrevler genau zu kennen. Wenn man aber bedenkt, daß derselbe den Frevelthätigungen regelmäßig anwohnt, daß er sowohl hiebei als bei den Strafarbeiten die Frevler und ihre Verhältnisse näher kennen lernt, daß er bei den Holzversteigerungen, Begebung der Holzhauerlöhne und vielen anderen Geschäften mit den Einwohnern seines Bezirks in persönliche Berührung kommt, daß er auch von den Waldhütern die geeigneten Notizen erheben kann, so wird man doch so viel zugeben müssen, daß der Bezirksförster jeweils in der Lage sein wird, wenigstens die notorisch armen Frevler von den übrigen ausscheiden zu können, — und eigentlich sind es doch nur diese, gegen welche der Vermögenszugriff nicht vorgenommen werden soll. Hiedurch wird aber auch den Bezirksforsteien keine auch nur einigermaßen bedeutende Arbeit auferlegt.

Die Vermögensattestationen sind bekanntlich in einer besondern Rubrik der Forstfrevelregister enthalten. Während der Thätigung können diese von ihm durchgesehen werden, er ist in der Lage von den anwesenden Waldhütern sogleich die ihm etwa erforderliche Auskunft erheben und hierüber mit dem gleichfalls gegenwärtigen Bürgermeister Rücksprache nehmen zu können, er bezeichnet sodann dem Forstgerichte mündlich, durch Hinweisung auf die betreffenden Nummern des Forstfrevelregisters, diejenigen Frevler, bei welchen der attestirten Vermögenslosigkeit ungeachtet die Pfändung vorgenommen werden soll, was mit wenigen Worten von dem Aktuar in das Protokoll bemerkt wird, worauf diese Frevler von dem Forstgerichte wie solche behandelt werden, welche als zahlbar aufgeführt sind.

Wird nun bei solchen in Folge des Zugriffs gefunden, daß sie so viel Vermögen besitzen, um die erkannte Geldstrafe bezahlen zu können, so ist damit der schlagendste Beweis geliefert, daß der Gemeinderath und Steuererheber unrichtig attestirt haben, und es wird gegen sie, mag ihrer Handlungsweise Leichtfertigkeit oder Gewissenlosigkeit unterliegen eine Disziplinarstrafe, deren Maximum festzusetzen sein möchte, erkannt werden können, was in den meisten Fällen bis jetzt nicht geschehen konnte.

Der Schuldner trug natürlich alles Mögliche dazu bei, die Attestation der Ortsbehörden zu bewahrheiten, und diese wußten so viele Gründe für die angebliche Armuth des Frevlers vorzubringen, daß, wenn die Sache hätte gründlich erörtert werden wollen, man zur Einleitung einer förmlichen Vermögensuntersuchung genöthigt gewesen wäre.

Den Erhebungsbehörden würde aus der Durchführung meines Vorschlags keine beachtungswerthe Geschäftsvermehrung zugehen, die Bezirksämter aber mancher Zeitraubenden und erfolglosen Untersuchung wegen unrichtiger Vermögensattestation überhoben sein.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 6. Karlsruhe den 11. Februar 1843.

I.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

1) Hat der Cessionar einer unrichtigen Forderung dieselbe erhoben, so kann die condictio indebiti nur gegen ihn und nicht gegen den Cedenten gerichtet werden. Dagegen findet sie da, wo der Empfänger nur der Gewalthaber und nicht wirklicher Cessionar des ursprünglich vermeinten Gläubigers war, gegen diesen Leztern statt.

2) Die Badischen Gerichte haben die im Ausland ergangenen Urtheile und die Kompetenz der auswärtigen Gerichte nur in sofern zu prüfen, als jene Urtheile im Großherzogthum vollstreckt werden sollen. Soweit sie im Ausland auf dort gelegenes Vermögen vollzogen wurden, kann ihre Rechtmäßigkeit oder Zuständigkeit vor den Badischen Gerichten nicht angefochten werden.

3) Die Abweisung mit einer Klage liefert noch keinen Beweis, daß das, was an der eingeklagten Forderung etwa schon bezahlt ist, wirklich eine Nichtschuld sei, also ungebührlich bezahlt wurde.

(Rheinbolds Erben gegen Löw Bielefeld in Karlsruhe).

Elkan Reutlingers Wittwe in Karlsruhe stand mit dem Handelsmann Valentin Rheinbold in Rastadt in Rechnung.

In einem Uebereinkommen, welches diese Beiden am 30. November 1824 mit einander schlossen, erklärt die Reutlingerische Wittwe:

„In Anbetracht, daß die dem Herrn Handelsmann „Valentin Rheinbold schon früher zugestellten und respektive ihm abgetretenen Forderungen, ebenfalls noch „größtentheils in Streit befangen, und somit zur Zeit „sich nur noch als Hoffnungen, künftig ebenfalls theilweise Befriedigungsmittel für ihn zu werden, darstellen, Herr Valentin Rheinbold also, ohngeachtet er „auch jetzt noch im Besitze der ihm früher abgetretenen „Forderungen und resp. behändigten Deckungsgegenstände so lange zu bleiben hat, als er nicht aus diesem „neuen Cessions-Akt früher seine Befriedigung für obige „Forderungen erhalten haben wird, auch mit allem „Recht auf seine bessere und anderweitige Deckung resp. „Befriedigung, Bedacht nehmen konnte, ebenso aber „es anderweit die Pflicht erheischt, bei der Rechtlichkeit seiner Ansprüche, und in Berücksichtigung, daß ich „seinen Unterstützungen allein meine bisherige Aufrechthaltung zu verdanken habe, dessen Begehren zu entsprechen, erkläre ich hiermit unter Mitwirkung und „Zustimmung meines verpflichteten Beistandes, daß „ich dem Herrn Handelsmann Valentin Rheinbold die „Summe von 350,765 fl. 52 kr. im 24 fl. Fuß zu „Eigenthum von derjenigen Kapitalforderung abtrete, „welche ich laut der von des Herren Kurfürsten von „Hessen Königlichen Hoheit ausgestellten Urkunde dd. „Prag den 11. August 1812, und dann vermöge rechtskräftigen commissarischen Urtheils vom 1. Dezember „1817, sodann den weiter rechtskräftigen Urtheilen „des Großherzoglichen Stadtamtes Karlsruhe vom 19. „April resp. 9. Juni 1820, an des gedachten Herrn „Kurfürsten von Hessen Königliche Hoheit zu machen „habe, und für welche Forderung bei der Fürstlich „Waldeck'schen Domainen-Kammer in Arolsen auf eine „Kapitalforderung des Herrn Kurfürsten von Hessen „Königliche Hoheit an des Herrn Fürsten von Waldeck „Durchlaucht im Betrage von 1,800,000 fl. im 24 fl.

Digitized by Google

„Fuß von dem Fürſt Waldeck'ſchen Hofgericht zu Con„bach mittelſt Verfügung vom 4. Mai 1821 gerichtlicher Arreſt gelegt iſt."

Einige Zeit ſpäter, nämlich am 26. Februar 1826, ſtellte Reutlingers Wittwe dem Handelsmann Löw Bielefeld in Karlsruhe eine Anweiſung an Rheinbold pro 50,000 fl. aus.

Dieſelbe lautet:

„Herr Valentin Rheinbold in Raſtadt belieben nach „ſtattgefundener gütlicher Ausgleichung zwiſchen Sr. „Königlichen Hoheit dem Kurfürſten von Heſſen, und „mir, wegen meiner im Prozeß liegenden Forderung „an Erſteren, 2 Monate ſpäter, als Sie über ihren „von mir darauf cedirt erhaltenen Betrag disponirt „haben werden, gegen dieſe meine Anweiſung nach „Ordre des Herrn Löw Bielefeld, die Summe von „50,000 fl. im 24 fl. Fuß zu bezahlen, den Werth in „Rechnung, und ſtellen Sie ſolchen auf Rechnung laut „Bericht.

„Prag den 26. Februar 1826.

pro 50,000 fl. im 24 fl. Fuß

Gut für fünfzigtauſend Gulden im 24 fl. Fuß.

E. Reutlinger Wittib,

Dollmätſch als Beiſtand."

Dieſe Anweiſung wurde dem Rheinbold zur Annahme übergeben, und derſelbe indoſſirte darauf:

„Angenommen, Raſtadt den 15. März 1826, für „fünzigtauſend Gulden.

Valentin Rheinbold."

Im Jahre 1828 kam ſodann zwiſchen der Reutlingerſchen Wittwe und dem Kurfürſten von Heſſen ein Vergleich zu Stande, wodurch der Letztere für die an ihn gemachte Forderung eine Abfindungs-Summe bezahlte, woran Rheinbold nach weiterer Vereinbarung mit Reutlingers Wittwe für ſeinen Forderungstheil von 350,765 fl. 52 kr. ſein Betreffniß mit 100,000 fl. erhielt.

Rheinbold verweigerte nun dem Bielefeld die Auszahlung der auf der erwähnten Anweiſung vom 20. Februar 1826 beruhenden Forderung von 50,000 fl, weil er zur Zahlung dieſer Summe ſich nur für den Fall verpflichtet habe, wenn er alle 350,765 fl. 52 kr, die er bei der Reutlingerſchen Wittwe gut hatte, aus deren Forderung an den Kurfürſten erhalte. Da er nun aber ſtatt dieſer Summe blos 100,000 fl. erhalten habe, ſo ſei er der Reutlinger'ſchen Wittwe, jetzt deren Ceſſionar Bielefeld, nichts ſchuldig. Bielefeld erhielt inzwiſchen Kenntniß, daß bei den k. k. öſtreichiſchen Landrechten in Wien eine dem Rheinbold gehörige Summe von 8903 fl im 20 fl. Fuße hinterlegt ſey.

Er ſuchte daher bei den dortigen Landrechten um Arreſt gegen Rheinbold auf die fragliche Summe nach. Er erlangte dieſen Arreſt und ſtellte nun bei dem forum arresti in Wien zugleich eine Klage gegen Rheinbold dahin an, daß derſelbe zur Zahlung der 50,000 fl. ſammt Zinſen, wegen welcher der Arreſt erkannt ward, verurtheilt werde.

Im Verlaufe des Prozeſſes cedirte Bielefeld dieſe Forderung laut Urkunde vom 16. Februar 1831 dem Nathan Dormitzer in Prag, welcher auch wirklich ein im Jahre 1835 vom Appellationsgericht in Wien beſtätigtes obſiegliches Urtheil gegen Rheinbold erlangte.

Während dieſer Verhandlung vor den Wiener Gerichten ſtellte Rheinbold im Jahre 1829 bei dem Oberamte Raſtadt eine Provocations-Klage gegen Bielefeld an, um die Entſcheidung der Sache durch die Badiſchen Gerichte zu veranlaſſen.

Bielefeld wendete die Litispendenz in Wien ein, wurde aber durch ein im Jahre 1831 vom Oberhofgericht beſtätigtes Erkenntniß angewieſen, ſeine Klage vor dem Oberamte Raſtadt innerhalb einer ihm beſtimmten Friſt anzubringen, widrigenfalls ihm ewiges Stillſchweigen auferlegt werde.

Am 5. Januar 1832 übergab ſofort Dormitzer unter Vorlage der Ceſſions-Urkunde vom 16. Februar 1831 als Ceſſionar Bielefelds bei dem Oberamt Raſtadt die Klage, welche dahin ging, daß Rheinbold auf den Grund der von ihm angenommenen Anweiſung vom 20. Februar 1826 zur Zahlung der fraglichen 50,000 fl. ſammt Zinſen verurtheilt werde.

Es wurde hierüber durch 3 Inſtanzen verhandelt.

Das Oberamt verurtheilte den Beklagten zur Zahlung der 50,000 fl. ſammt Zinſen, das Hofgericht wieß aber durch Erkenntniß vom 31. Januar 1835 den Kläger ab, und dieſes Erkenntniß wurde durch Oberhofgerichtliches Urtheil vom 25 Februar 1836 beſtätigt.

So ſtehen ſich nun die beiderlei Urtheile entgegen, jene der öſtreichiſchen Gerichte zu Gunſten des Bielefeld, beziehungsweiſe Dormitzer und jene der Badiſchen zu Gunſten des Rheinbold. Auf das im Badiſchen gelegene Vermögen des Rheinbold konnte Dormitzer bei dieſer Lage

Digitized by Google

der Sache natürlicherweise keinen Zugriff erlangen. Dagegen hatte er, wie schon oben bemerkt ist, auf den Grund der Wiener Urtheile die dort für Rheinbold deponirten 8903 fl. sich verschafft. Dieser letztere Umstand veranlaßte nun die Gläubiger des inzwischen ebenfalls in Gant gerathenen Valentin Rheinbold, am 26. Juni 1837 mit einer Klage gegen Bielefeld aufzutreten, worin sie behaupteten: Bielefeld habe durch seine Cession der Forderung an Dormitzer als an einen Oestreichischen Unterthan und durch die ganze in Wien eingeleitete Procedur zur Umgehung der Badischen Gerichtsbarkeit und der Badischen Gesetze eine unrechte That begangen, und dadurch den Rheinbold um die in Wien deponirten 8903 fl. gebracht. Er sei daher zu deren Ersatz schuldig.

Diese Verbindlichkeit folge auch aus dem Umstande, daß er die Zahlung zur Ungebühr in Empfang genommen habe, weßhalb die Klage auch als Condictio indebiti begründet sei. Daß Bielefeld die 50,000 fl. an Rheinbold nicht zu fordern hatte, beweise das Oberhofgerichtliche Urtheil vom 25. Februar 1836. Rheinbold habe mit seinen Gläubigern einen Nachlaßvergleich zu 62½ % geschlossen, und es sei dabei bedungen worden, daß er denselben noch mehrere Ausstände und darunter namentlich die in Wien gelegenen 8903 fl.

„im Eingehungsfalle zu übergeben sich verpflichte."

Darnach seien die klagenden Rheinboldischen Gläubiger zur Sache legitimirt, und ebenso liege die Passiv-Legitimation in Bezug auf Bielefeld vor, da derselbe die Cession an Dormitzer nur zum Schein gemacht habe, dieser aber in der That als Mandatar des Bielefeld gehandelt und Bielefeld durch ihn die 8903 fl. erhalten habe.

Der Beklagte Bielefeld schützte vor allem als prozeßhindernd die zwei Einreden vor, daß es den Klägern an der activen und ihm an der passiven Legitimation fehle. Rheinbold selbst wäre noch Eigenthümer der Forderung und nur im Eingehungsfalle hätte sich derselbe zur Ueberweisung des Ergebnisses an die Gläubiger verpflichtet.

Der beklagte Bielefeld habe aber von der Forderung nichts erhoben, und wenn Dormitzer als der Mandatar die Zahlung in Empfang genommen habe, so müßte die Condictio indebiti gegen ihn, als den Empfänger, gerichtet werden.

Auf den Grund dieser beiden prozeßhindernden Einreden verwarf der Unterrichter die Klage durch Erkenntniß vom 30. März 1838.

Auf die Appellation der Kläger wurde der Beklagte durch hofgerichtlichen Beschluß vom 4. Dezember 1838 unter Verwerfung jener beiden Einreden als prozeßhindernd angewiesen, sich auf die Klage einzulassen.

Die Entscheidungsgründe zu diesem Beschlusse lauten:

„Der Beklagte hat als prozeßhindernde Einreden gegen die vorliegende Klage den Mangel der Activ- und Passiv-Legitimation auf Seite der Kläger und resp. der Beklagten zur Sache vorgeschützt und auf deren Grund die Einlassung selbst verweigert. Von dem Unterrichter wurde die eine sowohl als die andere Einrede als begründet angenommen, und darum die Klage abgewiesen, wogegen die Kläger die Berufung hierher ergriffen haben;"

„In Erwägung, daß die Kläger ihre Legitimation zur Anstellung gegenwärtiger Klage auf eine mit dem ursprünglichen Berechtigten, Handelsmann Valentin Rheinbold, abgeschlossene Uebereinkunft stützen, durch welche sich dieser letztere, wie Beklagter Seits zugestanden ist, unter anderm verpflichtet hat, den zu seinem Vermögen gehörigen Ausstand mit 9803 fl., welcher den Gegenstand vorliegender Klage bildet, im Eingangsfalle an die Kläger, als seine Gläubiger zu übergeben;"

„In Erwägung, daß es nach dem Wortlaute dieser Uebereinkunft zwar scheint, als hätten die Kläger damit noch nicht das Recht erworben, die Zahlung des gedachten Ausstandes gegen Dritte selbst zu betreiben, weil Rheinbold sich nur verbindlich gemacht, jenes Guthaben im Eingangsfalle an sie zu übergeben, das Eigenthumsrecht an der Forderung sohin, und die Befugniß zu ihrem Einzuge für Rheinbold vorbehalten worden;"

„In Erwägung, daß jedoch bei Verträgen die gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen mehr gilt, als der buchstäbliche Sinn der Worte — L.R.S. 1156 — die Absicht der Vertragspersonen bei der in Frage liegenden Uebereinkunft aber unverkennbar keine andere war, als den klagenden Gläubigern den fraglichen Ausstand ihres Schuldners an Zahlungsstatt zu Eigenthum zu überweisen, und diesem letztern die Verbindlichkeit zur Erhebung und Ausfolgung des ausstehenden Betrags an die Ersteren aufzuerlegen, wie schon aus der Vertragsbestimmung, daß gedachtes Guthaben im Eingangsfalle unbedingt und ungeschmälert

Digitized by Google

den Gläubigern übergeben werden soll, klar hervorgeht, indem hiernach die Kläger in der That Kraft jenes Vertrags die Eigenthümer der zugewiesenen Forderung geworden sind, Rheinbold aber nur noch als der zum Einzug bestellte Gewalthaber derselben erscheint;"

„In Erwägung, daß, wenn auch nach dem Wortlaute des Vertrags angenommen werden wollte, es sei damit für die Kläger (ihrem Schuldner Rheinbold gegenüber) nur ein auf den Eingangsfall bedingtes Recht auf den fraglichen Ausstand erworben worden, die Kläger immerhin zur Anstellung gegenwärtiger Klage Kraft Gesetzes befugt sein würden, weil diese Klage zur Erhaltung, beziehungsweise Verwirklichung ihres vertragsmäßigen Rechtes bewandten Umständen nach nothwendig ist, Handlungen aber, welche zur Erhaltung eines, wenn auch nur bedingten, Rechtes nöthig werden, von den Gläubigern selbst vor Erfüllung der Bedingung vorgenommen werden können. Landrechtsatz 1180 und 1178."

„In Erwägung, daß jeder Zweifel, welcher gegen die Befugniß der Kläger zur Klage etwa erhoben werden könnte, durch die schon in erster Instanz beigebrachten Erklärungen der Wittwe und Erben des verlebten Handelsmanns Rheinbold beseitigt werden müßte, womit diese ausdrücklich und bestimmt versichern, daß sie es den Klägern anheim gegeben, und in Gemäßheit des zwischen Rheinbold und seinen Creditoren zu Stande gekommenen Arrangements überlassen haben, die zur Realisirung ihres Rechts erforderliche Klage gegen Beklagten selbst zu erheben;"

„In Erwägung, daß die weitere Einrede der mangelnden Passiv-Legitimation des Beklagten in dem Falle zwar als unbegründet erscheinen würde, wenn Beklagter, wie von seinem Vertreter unterstellt worden ist, wirklich nur als Cedent des Handelsmanns Dormitzer zu Prag, welcher die bei den Wiener Gerichten deponirten Gelder Rheinbolds zur Ungebühr in Empfang genommen haben soll, belangt werden wollte, weil in diesem Falle derselbe allerdings weder als Auftragsgeber noch als Urheber einer widerrechtlichen Handlung, von den Klägern in Anspruch genommen werden könnte, indem die behauptete Cession zwischen dem Beklagten und Dormitzer ebensowenig für eine widerrechtliche Handlung im Sinne des Landrechtsatzes 1382 zu erklären, als nach der Angabe des Auftragsvertrags, sondern lediglich als erlaubte Veräusserung eines streitigen Forderungsrechtes zu beurtheilen wäre, welche den Cedenten für die Handlungen seines Rechtsnachfolgers gegen Dritte nicht verbindet;"

„In Erwägung, daß jedoch die Kläger in dieser Beziehung in der angestellten Klage und zwar im §. 4 derselben, welcher die Geschichtserzählung und den faktischen Klaggrund enthält, ausdrücklich die Behauptung aufstellen: der Beklagte habe im Laufe der zu Wien stattgehabten Verhandlungen den Handelsmann Dormitzer zu Prag zur weitern Betreibung der Sache mittelst einer Scheincession der angeblichen Forderung zu 50,000 fl. nur als seinen Mandatar aufgestellt, und daraufhin habe auch Dormitzer — das bei den österreichischen Gerichten deponirte Eigenthum Rheinbolds mit 9,803 fl. am Ende des Jahrs 1834 für Rechnung des Beklagten erhoben, daß sonach der gegen den Beklagten erhobene Anspruch keineswegs auf eine wirkliche Cession seines Forderungsrechts an Dormitzer, sondern vielmehr auf die Behauptung einer bloßen Scheincession, und eines vom Beklagten an Dormitzer ertheilten und durch Letzteren vollzogenen Auftrags zur Verfolgung des fraglichen Forderungsrechtes, und zur Erhebung der in Wien deponirten Gelder Rheinbolds auf Rechnung des Beklagten, gestützt wird, welche Klage, insoweit ihr die Behauptung eines zum Vollzug gekommenen bloßen Auftrags zu Grunde liegt, in dem Landrechtssatz 1998 ihre rechtliche Begründung findet;"

„In Erwägung, daß es auf den Beweis der behaupteten Scheincession und respektive des Auftrags zur Zeit noch nicht ankömmt, da insofern der Punkt der Passivlegitimation des Beklagten zur Sache mit dem thatsächlichen Klaggrunde zusammenfällt, und zur Entscheidung über die als proceßhindernd deßfalls vorgeschützte Einrede die richterliche Ueberzeugung genügt, daß sich aus der Anführung des Beklagten die Verwerflichkeit der Klage keineswegs ergebe;"

„Aus diesen Gründen wurde erkannt, wie geschehen, zugleich aber, da das unterrichterliche Erkenntniß ein Endurtheil ist, nach Vorschrift des §. 1223 der Proceßordnung die weitere Verhandlung der Sache an dem diesseitigen Gerichtshofe eingeleitet."

In der Vernehmlassung, welche der Beklagte in Folge des hofgerichtlichen Beschlusses vom 5. Februar 1838 auf die Klage sodann abgegeben hat, ist widersprochen, daß es sich um eine unrechte That handle, und daß eine

Digitized by Google

Zahlung zur Ungebühr vorliege, indem vielmehr die 8,903 fl. auf rechtskräftige Urtheile hin dem Dormitzer gerichtlich ausgefolgt und nicht von Rheinbold an ihn bezahlt worden seien.

Die österreichischen Urtheile müssen doch wohl in Bezug auf das in Oestreich gelegene Vermögen Rheinbolds maaßgebend sein.

Hiebei wiederholte Bielefeld die beiden Einreden der fehlenden Activ- und Passivlegitimation als peremtorisch.

In Bezug auf die Passivlegitimation legte das Hofgericht den Klägern durch Zwischenurtheil vom 23. Juni 1840 den Beweis auf, daß die Cession von Bielefeld an Dormitzer,

„blos zum Scheine vollzogen worden sei, und Dormitzer die gedachte Geldsumme in der That nur als Gewalthaber Namens des jetzigen Beklagten in Empfang genommen habe."

Die Kläger suchten diesen Beweis durch Eideszuschiebung zu führen.

Inzwischen ging das Hofgericht bei dem Endurtheil hierauf nicht weiter ein, sondern es erkannte durch Urtheil vom 25. Januar 1842, daß die Kläger unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen mit ihrer Klage abzuweisen seien.

Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheile lauten, wie folgt:

„Die klagend aufgetretenen Gläubiger des verlebten Handelsmanns Valentin Rheinbold zu Rastatt verlangen von dem Beklagten Herauszahlung der Summe von 8,903 fl., im 20 fl. Fuß nebst Zinsen, welche ihr genannter Schuldner bei den k. k. österreichischen Landrechten zu Wien in früheren Jahren deponirt hatte, und späterhin den Klägern vermöge einer mit jenen Gläubigern abgeschlossenen Uebereinkunft zum Behufe ihrer Befriedigung an Zahlungsstatt zugewiesen, der gegenwärtige Beklagte aber durch seinen Cessionar und beziehungsweise Gewalthaber, Handelsmann Dormitzer zu Prag vermittelst einer Scheincession seiner angeblichen Ansprüche gegen Rheinbold und Erwirkung eines Arrestes bei den k. k. österreichischen Gerichten auf die besagte Summe widerrechtlich für sich bezogen haben soll."

„Zur Begründung der Behauptung, daß dieser Bezug auf Seite des Beklagten ein widerrechtlicher gewesen sei, wird in der Klage angeführt: Die zum Vermögen des Handelsmanns Rheinbold gehörige in Wien deponirte Summe von 8,903 fl. sei vom Beklagten als theilweise Zahlung auf eine angebliche Forderung desselben an Rheinbold im Betrage von 50,000 fl. bezogen worden, welche Forderung aber in der That gar nicht bestanden habe; es sei vielmehr in dieser Beziehung, obgleich Rheinbold seiner Protestation ungeachtet von den k. k. österreichischen Gerichten inkompetenter Weise zur Zahlung jener Forderung verurtheilt worden, von den zum Urtheilen allein kompetenten badischen Gerichten längst rechtskräftig ausgesprochen, daß Beklagter auf den bezüglichen Schuldschein vom 20. Februar 1826, auf welchen die Anforderung von 50,000 fl. gestützt wird, und die Zahlung von 8,903 fl. bezogen wurde, gar nichts von Rheinbold zu fordern berechtigt sei."

„Am Schlusse der Verhandlungen über die Klage und die dagegen vorgeschützten Einreden, so wie auf das gepflogene Beweisverfahren ist nun zwischen beiden Theilen so viel unbestritten und durch den erhobenen Urkundenbeweis dargethan, daß der jetzige Beklagte auf den Grund einer von Handelsmann Rheinbold zu seinen Gunsten acceptirten Anweisung vom 20. Februar 1826 für die Summe von 50,000 fl. bei den k. k. österreichischen Gerichten in oberer Instanz ein obsiegliches Urtheil, durch welches Rheinbold zur Zahlung der ganzen Forderung nebst Zinsen für schuldig erkannt wurde, erwirkt, und in Folge dieses rechtskräftigen Urtheils auch dessen Cessionar Nathan Dormitzer zu Prag eine zu Wien deponirte, zum Vermögen Rheinbolds gehörige, Summe von 8,903 fl. im Vollstreckungswege abschläglich auf jene Forderung erhalten hat, daß dagegen der genannte Cessionar des Beklagten auf die bei den Großherzoglich Badischen Gerichten erhobene, auf die nämliche Anweisung Rheinbolds vom Jahr 1826 gegründete Klage, jedoch nach dem Empfang jener Abschlagszahlung, durch Hof- und Oberhofgerichtliches Urtheil in letzter Instanz, und rechtskräftig mit seiner ganzen Forderung zu 50,000 fl. nebst Zinsen gegenüber von Rheinbold abgewiesen worden ist, nachdem vorher bereits der jetzige Beklagte auf die von Rheinbold angestellte Provokationsklage durch oberhofgerichtlich bestätigtes diesseitiges Urtheil vom 16. Oktober 1830 für schuldig erkannt worden war, seine vermeintlichen Ansprüche aus der fraglichen Anweisung über 50,000 fl. bei Vermeidung, daß ihm sonst ewiges Still-

Digitized by Google

ſchweigen auferlegt werde, bei dem competenten Oberamte Raſtatt in einer von dieſem anzuberaumenden Friſt zu verfolgen."

„Beklagter Seits iſt die Klägeriſche Behauptung widerſprochen, daß die Ceſſion der Anweiſung über 50,000 fl. vom Jahre 1826 an Nathan Dormitzer ein bloßes Scheingeſchäft geweſen, letzterer ſohin die hierauf abſchläglich empfangenen 8,903 fl. nicht in eigenem Namen, ſondern in der That nur als Gewalthaber des Beklagten und Eigenthümer jener Forderung bezogen habe. In dieſer Beziehung wurde daher, ſofern der Grundſatz als richtig anerkannt werden würde, daß im Falle einer wirklichen Ceſſion der gegenwärtige Beklagte als Cedent für die etwaigen widerſprochenen Handlungen ſeines Ceſſionars gegenüber von dritten Perſonen nicht haftbar, ſondern nur dem Ceſſionar ſelbſt für die Richtigkeit der übertragenen Forderung verantwortlich ſei, die Entſcheidung des Streites von der Zuläſſigkeit und Erheblichkeit der von beiden Theilen deßfalls angetretenen Beweiſe und Gegenbeweiſe abhängig gemacht."

„Hierauf kann es jedoch, abgeſehen von dem Punkte der Aktivlegitimation der Kläger zur Sache, worüber bereits durch das dieſſeitige Urtheil vom 4. Dezember 1838, auf welches hier verwieſen wird, erkannt worden iſt, nur in dem Falle ankommen, wenn die angeſtellte Klage, die Richtigkeit der ihr zur Grund liegenden thatſächlichen Behauptungen vorausgeſetzt, an und für ſich als in Rechten begründet erſcheint, d. h. wenn der Bezug der in Wien deponirten, zu dem Rheinbold'ſchen Vermögen gehörigen Summe von 8,903 fl. unter den vorgetragenen Umſtänden wirklich als eine widerrechtliche Handlung, oder als ein Empfang zur Ungebühr auf Seite des Beklagten betrachtet werden muß, welche ihren Urheber zur Entſchädigung oder zum Rückerſatz des Empfangenen verbindet. Die hieher gehörige Frage wurde aber bei Erlaſſung des Endurtheils vom heutigen verneinend entſchieden, aus folgenden Gründen:"

„In der Klage ſelbſt wird angeführt, und in den weitern Verhandlungen von den Klägern überall zugeſtanden, daß Beklagter und reſpektive deſſen Ceſſionar Dormitzer die erhobenen Rheinboldiſchen Gelder vermöge eines rechtskräftigen Urtheils der k. k. öſtreichiſchen Gerichte, durch welches Rheinbold zur Zahlung der Summe von 50,000 fl. nebſt Zinſen von denſelben für ſchuldig, und der auf jenem Gelde angelegte Arreſt für gerechtfertigt erkannt worden war, in Folge richterlicher Vollſtreckungsverfügung auf das mit Beſchlag belegte Rheinboldiſche Vermögen zu Wien bezogen habe. Die Handlung eines klagend aufgetretenen Gläubigers, welcher wie der gegenwärtige Beklagte auf dem Wege der Vollſtreckuug eines rechtskräftigen richterlichen Urtheils zum Behufe ſeiner urtheilsmäßigen Befriedigung einen Theil des Vermögens ſeines Schuldners in Empfang genommen hat, kann aber als eine widerrechtliche That, oder als ein Empfang zur Ungebühr im Sinne des Landrechtsſatzes 1382 und 1376 gewiß nicht angeſehen werden, weil ihr gerade der richterliche Ausſpruch, welcher das im Lande allein gültige formelle Recht unter den Betheiligten bildet, und der geſetzmäßige Weg der richterlichen Hülfe den Charakter der Rechtmäßigkeit gibt, und ihren Urheber gegen jeden Vorwurf des Unrechts ſchützt."

„Hiegegen wird zwar bemerkt, die rechtliche Wirkſamkeit eines Urtheils ſey durch die Zuſtändigkeit des urtheilenden Richters bedingt, die öſtreichiſchen Gerichte ſeien jedoch zur Entſcheidung des zwiſchen zwei Badiſchen Staatsbürgern obwaltenden Streites über die Forderung Bielefelds an Rheinbold von 50,000 fl. keineswegs competent geweſen; durch die ſpätern Urtheile der Großherzoglich Badiſchen Gerichte aber, welche zur Entſcheidung dieſer Sache allein competent waren, ſei der damalige Kläger in oberſter Inſtanz mit ſeiner Klage abgewieſen, und durch dieſe Urtheile ausgeſprochen worden, daß derſelbe aus der fraglichen Anweiſung über 50,000 fl. vom Jahre 1826 keinerlei Forderung an Rheinbold zu machen habe. Allein aus den angerufenen Urtheilen der Badiſchen Gerichte, durch welche der frühere Kläger mit ſeiner Forderung abgewieſen wurde, folgt nur ſo viel, daß derſelbe aus dieſen Urtheilen kein Recht gegen Rheinbold geltend machen kann, und daß Letzterem, wenn er etwa abermals belangt werden wollte mit der nämlichen bereits verworfenen Klage, die Einrede der rechtskräftig entſchiedenen Sache zur Seite ſtehen würde. Es folgt aber aus jenen Urtheilen nicht, daß damit die Kraft der auf Klage bei den öſtreichiſchen Gerichten erfolgten obſieglichen Urtheile vernichtet wurde, und ebenſowenig wurde mit jenen Urtheilen ausgeſprochen, daß die k. k. öſtreichiſchen Gerichte zur Entſcheidung des damaligen Prozeſſes über die Forderung von 50,000 fl. *nicht* konpetent geweſen ſeien. Nach bekannten Geſetzen über das gerichtliche

Digitized by Google

Verfahren können zu gleicher Zeit verschiedene Gerichte zur Entscheidung der nämlichen Sache zuständig sein, und da jeder Richter über seine eigene Zuständigkeit selbst zu erkennen hat, die östreichischen Gerichte auch diese ihre Zuständigkeit durch Aburtheilung des dort anhängig gemachten Rechtsstreites ausgesprochen, und rechtskräftig ausgesprochen haben, so liegt es außerhalb der Befugniß des Badischen Richters ihre Entscheidung als inkompetent erlassen aufzuheben."

„Eine Erörterung der Competenz-Frage vor den Badischen Gerichten würde nur alsdann zuläßig und nach Maaßgabe des §. 951 der Prozeßordnung mit Rücksicht auf die Justizministerial-Verordnungen vom 5. Januar 1819 und 15. Semptember 1837 nothwendig werden, wenn es sich darum handelte, ob die von Seite der k. k. östreichischen Gerichte ergangenen Urtheile auf das in dem diesseitigen Staate gelegene Vermögen des Verurtheilten vollzogen werden sollen. Dieser Fall liegt jedoch hier nicht, sondern nur die Frage zunächst zur Entscheidung vor, ob jene Urtheile der Gerichte eines fremden souverainen Staates, auf das dort befindliche Vermögen des Schuldners mit Recht oder Unrecht vollstreckt worden seien, und diese Rechtmäßigkeit kann von dem Badischen Richter auf seinem Standpunkte so lange nicht beanstandet werden, als die Rechtskraft und Wirksamkeit jener in den östreichischen Staaten formelles Recht gewordenen Urtheile in Folge eines dort etwa noch zuläßigen Rechtsmittels, durch die nämlichen Gerichte, welche sie erlassen haben, nicht wieder aufgehoben worden ist.

„Durch die mit jenen Urtheilen im Widerspruch stehenden rechtskräftigen Entscheidungen der Badischen Gerichte aber wurde ihre Kraft und Gültigkeit darum nicht beseitigt, weil beide von verschiedenen Gerichten ausgegangene Urtheile einander nicht berühren, und sogar die anerkannte Gesetzmäßigkeit des einen Urtheils nicht einmal den Schluß auf die Gesetzwidrigkeit des andern begründet, indem die Verschiedenartigkeit der Entscheidung möglicher Weise in der eigenen Thätigkeit oder Unthätigkeit der Partheien allein schon ihre Ursache haben könnte *)."

„Aus diesen Gründen wurde in der Hauptsache erkannt wie geschehen, und klagender Theil zugleich in Gemäsheit des §. 188 und 69 der Prozeßordnung in die Kosten beider Instanzen verurtheilt."

Das die Kläger abweisende Urtheil der ersten und zweiten Instanz wurde auch durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 15. Dezember 1842 unter Adoption der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe bestätigt.

D. Red.

II.

Rechtsfall.

Vaterschaftsklage. Landrechtssatz 340 a.

Die ledige C. H. hatte in einer gegen den ledigen L. H. erhobenen Klage, auf den Grund eines vom Beklagten angeblich abgelegten Geständnisses des mit ihr vollzogenen Beischlafs, gebeten, jenen für den Vater eines von ihr gebornen unehelichen Kindes, und zu dessen Ernährung ꝛc. schuldig zu erklären.

*) Schon im Allgemeinen ist es ein Irrthum, wenn man annimmt, ein rechtskräftiges Urtheil, wodurch jemand mit einer Foederung abgewiesen wurde, diene eo ipso schon als Beweis dafür, daß die Forderung nicht existire, beziehungsweise daß, wenn ein Theil derselben etwa schon bezahlt wurde, das Bezahlte eine Nichtschuld war und als solche wieder zurückgefordert werden könne.

Zwischen dem Mangel am Beweis, daß eine Forderung bestehe, und dem Beweise, daß sie nicht bestehe, ist noch eine große Kluft, der ganze Zwischenraum des Ungewissen oder Unerwiesenen.

Wenn der Kläger nicht das Dasein seiner Forderung beweisen kann, so wird er abgewiesen, obgleich der Beklagte keineswegs das Nichtdasein derselben dargethan hat. Aber eben darum gibt seine Abweisung auch keinen Beweis für das Nichtdasein der Forderung, sie zeigt nur, daß der Kläger das Dasein derselben nicht darzuthun vermochte. Will aber der Beklagte, etwa weil ein Theil der Forderung schon bezahlt ist, das Bezahlte wieder zurückfordern, so genügt jene Ungewißheit, jener Mangel am klägerschen Beweise nicht, er hat vielmehr den Gegenbeweis zu führen, nämlich die Nichtschuld als das Fundament seiner condictio indebiti darzuthun, und dazu kann ihm das den Kläger abweisende Erkenntniß in keiner Weise dienlich sein.

Leichter wird ihm zwar sein, die Nichtschuld darzuthun, wenn der Gegner früher nicht wegen Mangel an Beweis, sondern das eum abgewiesen wurde, weil man annahm, daß die Thatsache, worauf die Foederung beruhen soll, dieselbe rechtlich nicht begründe. Aber auch in diesem Falle gilt das die Klage abweisende Erkenntniß immer noch nicht als eine res judicata dafür, daß die Foederung, soweit sie Gegenstand der condictio indebiti ist, ungegründet sei. Es fehlt an der Identität des Streitgegenstandes. S. 1351 — Der Richter über die condictio indebiti könnte also die rechtliche Begründung des bereits bezahlten Forderungstheils auch anders beurtheilen, als es der frühere Richter gethan hat.

D. Red.

Digitized by Google

Nachdem der Beklagte verneinend sich eingelassen hatte und Beweisverhandlungen gepflogen worden waren, erkannte der Richter erster Instanz auf einen vom Beklagten zu leistenden Reinigungseid:

„daß er nicht in Gegenwart des B. und des J. am 15. Juli 1839 oder wann sonst ausdrücklich und freiwillig eingestanden habe, den Beischlaf mit der Klägerin um die Zeit ihrer gesetzlich unterstellbaren Empfängniß, also zwischen dem 5. Januar 1839 und 9. Mai 1839, vollzogen zu haben."

Beide Theile ergriffen Rechtsmittel und der Richter der zweiten Instanz legte nun der Klägerin einen Notheid dahin auf:

„Es sei wahr, daß der Beklagte in der Zeit zwischen dem 5. Januar und 5. Mai 1839 den Beischlaf mit ihr vollzogen habe."

Auf die Oberappellation des Beklagten endlich wurde durch das Urtheil der dritten Instanz ausgesprochen,

„daß die Klägerin mit ihrer Klage abzuweisen sei."

Entscheidungsgründe.

Nach Landrechtsatz 340 a kann Ausnahmsweise auf gerichtliche Klage für den Vater eines unehelichen Kindes derjenige erklärt werden, welcher des Beischlafs mit der Mutter jenes Kindes um die Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß freiwillig geständig ist.

Freiwillig (spontaneous) ist eine Erklärung nur alsdann, wenn sie von selbst, ohne Zuthun eines Dritten, also aus eigenem Antriebe, abgegeben wurde.

Brauer, dessen Meinung bei Interpretation der im Texte des Code nicht enthaltenen, sondern erst bei Bearbeitung des badischen Landrechts eingeschobenen Sätze, wohin der obgedachte gehört, von dem vorzüglichsten Gewichte ist, sagt in Band I. S. 248 seines Commentars über jene Gesetzesstelle:

„dahin gehören nur solche Geständnisse, wo etwa in Stunden einer guten Regung der Thäter sich zum Vater bekannt und Vaterpflicht zu übernehmen, zugesagt hat."

Diese Erläuterung harmonirt mit obiger Entwicklung des Begriffs „freiwillig" vollkommen und es stimmt damit die, wenigstens als doctrinelles Hülfsmittel, zu berücksichtigende Rechtsbelehrung des großherzoglichen Justizministeriums vom 27. Juli 1812 (Regierungsblatt Nr. XXI.) der Sache nach ebenfalls überein.

Bei einem jeden Geständnisse, aus welchem die Beurtheilung, — Vater eines unehelichen Kindes zu sein, — abgeleitet werden will, ist die Frage: Ob das betreffende Geständniß ein freiwilliges sei? eine Thatfrage, die nur aus den Verhältnissen des einzelnen Falles gelöst werden kann.

Die Beurtheilung dieser Frage hängt vom richterlichen Ermessen ab, und damit dasselbe einzutreten vermag, ist es nothwendig, daß Derjenige, welcher das Geständniß geltend macht, außer der umständlichen Angabe des Inhaltes des Geständnisses selbst, noch näher entwickle, aus welcher Veranlassung, wem gegenüber, und unter welchen sonstigen Verhältnissen die für ein freiwilliges Geständniß ausgegebene Erklärung statt fand.

In vorliegendem Falle wurden in der Klage keinerlei derartige Thatsachen vorgetragen, man beschränkte sich vielmehr darauf, die allgemeine Behauptung aufzustellen:

„Beklagter habe ausdrücklich freiwillig zugestanden, daß er um die Zeit, zu welcher die Empfängniß nach den natürlichen und bürgerlichen Gesetzen unterstellt werden könne und müsse, den Beischlaf mit der Klägerin verübt."

Diese Behauptung enthält lediglich ein von der Parthie selbst gefälltes Urtheil aus Vordersätzen, welche nicht mitgetheilt wurden, deren Kenntniß aber dem Richter zu Beurtheilung der Frage, ob der kläger'sche Anspruch begründet sei, nach dem zuvor Bemerkten, unumgänglich nöthig wäre.

Auch im weitern Laufe der Verhandlungen wurde nichts mehr vorgetragen, was hier von Erheblichkeit sein könnte. Wenn man selbst den Inhalt der vom Kläger vorgeschlagenen Zeugen-Artikel zur Klagbegründung mit benützen dürfte, welche Artikel besagen:

„Ob Zeuge mit angehört, wie Beklagter am 15. Juli 1839 oder wann sonst, geäußert, daß er um die Zeit zwischen dem 5. Januar und 5. Mai 1839 den Beischlaf mit der Klägerin vollzogen;" und „ob Zeuge dabei wahrgenommen, daß Beklagter diese Erklärung freiwillig, ohne dazu gezwungen worden zu sein, abgelegt habe?"

so fehlt hier immer die Angabe der Veranlassung zu dem Geständnisse, so wie die Anführung der weitern Umstände, unter welchen es abgelegt worden sein soll, und es will von den Zeugen selbst ein Urtheil darüber gefordert werden, ob das Geständniß ein freiwilliges gewesen, wobei überdieß kläger'scher Seits, nach der, der letztern Frage beigefügten Erläuterung, ein freiwilliges Geständniß mit einem freien, d. h. einem, ohne vorausgegangenen physischen oder psychologischen Zwang, abgelegten Geständnisse, verwechselt wird.

Nach Allem dem erscheint die Klage nicht so begründet, um die Anwendbarkeit des Landrechtsatzes 340 a zu rechtfertigen.

Dieselben Grundsätze wurden auch später vom Oberhofgerichte in Sachen Sch. gegen G. in Anwendung gebracht.

Kirn.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bell in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 7. Karlsruhe den 18. Februar 1843.

I.

Ueber den Beweis im Criminalprocesse.

1) Aufgabe des Richters.

Der Criminalrichter hat eine höhere Aufgabe, als der Civilrichter. Dieser bekümmert sich wenig darum, ob der Beklagte das Darleihen, welches den Gegenstand der Klage bildet, wirklich schuldig sei, oder nicht. Es genügt ihm, wenn der Beklagte den thatsächlichen Vortrag des Klägers entweder gar nicht oder nur unbestimmt beantwortet oder die Unterschrift der gegen ihn producirten Urkunde anerkennt oder den Beweis seiner Einreden versäumt, um ihn für sachfällig zu erklären.

Die Wahrheit, die er auf seinem Gebiete zu erforschen hat, ist eine formelle.

Dagegen ist die materielle Wahrheit das Ziel, nach dem der Criminalrichter sein Streben zu richten, und dessen Erreichung er mit allen ihm zu Gebot stehenden gesetzlich erlaubten Mitteln zu fördern hat.

„Es ist die höchste, dem Menschen möglicherweise erreichbare Wahrheit, die allein genügen darf, um darauf Strafen zu bauen, die die heiligsten unersetzlichen Rechte der Bürger treffen, und nur zu rechtfertigen sind, wenn die Gerechtigkeit sich durch alle möglichen Mittel die Ueberzeugung verschaffte, daß das Gegentheil nicht angenommen werden kann"*).

2) Richterliche Ueberzeugung.

Die richterliche Ueberzeugung von dieser materiellen Wahrheit ist eine moralische und eine juridische. Sie ist vorhanden, wenn die Erkenntnißgründe so beschaffen sind, daß sie die Wahrheit des Beweissatzes mit Nothwendigkeit bestimmen und mit den Vorschriften des positiven Rechtes, in so weit solches den Maaßstab zur Beurtheilung aufstellt, im Einklang stehen.

Die Stellung des Geschwornen im Criminalprocesse ist von jener des rechtsgelehrten an das gegenwärtig noch bestehende deutsche System gebundenen Richters wesentlich verschieden.

Der Geschworene hält sich an keine Beweistheorie **).

*) Mittermaier, die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprocesse. Jahrgang 1834. S. 55. Das hier angegebene Criterium darf jedoch nicht dahin mißdeutet werden, als genüge schon ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit der Schuld, um das Gegentheil, — die Unschuld — nicht anzunehmen.

Immerhin werden wir bei der Anwendung desselben in einen Zirkel gerathen, der jede gründliche Aufklärung unmöglich macht. Fragen wir: „Wann befindet sich der Richter in der Lage, daß er die Unschuld des Angeklagten nicht annehmen kann?" so werden wir antworten: „Wenn er sich in der Lage befindet, die Schuld desselben annehmen zu müssen. Kommen wir nun zu der Frage: „wann ist dieser letzte Fall vorhanden?" so führt uns diese Frage zu der Antwort: „wo er die Unschuld nicht annehmen kann." Und so kommen wir auf die erste Frage zurück, ohne einen befriedigenden Aufschluß zu erhalten.

Dasselbe gilt von den Erklärungsarten „wenn keine haltbaren Gründe für das Gegentheil vorliegen, — wenn sich das Gegentheil vernünftiger Weise nicht denken läßt" und dergl. Sie führen überall, wo nicht das Gesetz die Merkmale festsetzt, aus welchen mit Bestimmtheit das Dasein eines vollständigen Beweises der Schuld erkannt werden kann, auf eine Frage zurück, deren Beantwortung dem subjectiven Ermessen des Richters anheimfällt.

**) In dem Processe gegen die Mörder Fualdes scheute sich der Generalprocurator nicht, am Schlusse seines Vortrages die Geschwornen auf die der öffentlichen Ahndung so verderbliche Meinung aufmerksam zu machen, daß gesetzliche und bestimmte Beweise nothwendig seien, indem sie der Gesellschaft nur Rechenschaft zu geben hätten über den Eindruck, der ihnen aus der Verhandlung geworden sei.

P. Köbbe. Fualdes. Cöln 1831.

Digitized by Google

Er ist Gott und seinem Gewissen verantwortlich. Das letztere bildet ein unüberwindliches Bollwerk, welches ihn gegen alle Angriffe sicher stellt, woher sie kommen mögen. Er darf sich persönlichen Eindrücken hingeben. Die Oeffentlichkeit und Mündtichkeit gewähren ihm Aufschlüsse und Wahrnehmungen, welche dem deutschen Richter vermöge seines Wahlspruchs: quod non est in actis, non est in mundo — entgehen. Man verläßt sich auf die Vortheile und Garantien des den Principien, worauf das deutsche Verfahren beruht, entgegengesetzten Systems und verlangt keine weitere Bürgschaft.

Der deutsche rechtsgelehrte Richter muß sich dem Angeklagten, seinen Oberbehörden und dem Publikum gegenüber ausweisen, wie er zu seiner Ueberzeugung gekommen ist. Er muß sich also mit Gründen bewaffnen, und diese Gründe sollen geeignet seiu, nicht nur den Fachgenossen, oder den Gelehrten, der mit den Regeln der Logik auf das innigste vertraut ist, sondern jeden Mann von Erfahrung und Verstand zu befriedigen. Dabei kömmt seine Individualität in den Hintergrund, und sein Urtheil ist mehr ob- als subjectiv, d. i. mehr auf allgemein gültigen Erkenntnißgründeu, als auf persönlichem Ermessen beruhend. Das Gesetz will seiner innern Ueberzeugung keine Gewalt anthun, es will ihn demnach nicht zwingen, der Aussage von zwei klassischen Zeugen gegen seine Ueberzeugung Folge zu gebeu, es will ihn auf dem Wege, den er zu wandeln hat, im Interesse der Unschuld blos leiten und verhindern, eine Verurtheilung auf Erkenntnißgründe auszusprechen, deren Werth es nicht anerkennt.

3) Wie gelangt man zu derselben?

Auf dem Wege der Erhebung des Sachverhalts durch zweierlei Beweisarten, nämlich:

a) Durch den natürlichen (directen) Beweis.

b) Durch den künstlichen (indirecten, Indizien- oder Anzeigen-) Beweis.

Bei dem ersten beruhen die Erkenntnißgründe der Wahrheit in den Beweisen, welche die verbrecherische That znm unmittelbaren Gegenstand haben, bei dem letztern in den Beweisen, welche Thatsachen zum Gegenstand haben, die mit dem Hauptthema in einem Causalzusammenhange stehen, so zwar, daß von ihnen ein Schluß auf dieses statt findet, beziehungsweise in den Schlußfolgerungen selbst, die davon abgeleitet werden. Beide Erkenntnißquellen gehen Hand in Haud, sie unterstützen und ergänzen sich gegenseitig. Es gibt Momente, welche der unmittelbaren, sinnlichen Wahrnehmung entzogen sind, folglich nur durch Indizien bewiesen werden können, z. B. die Willensrichtung, die Motive des Handelnden. Es gibt directe Beweise, welche der Vervollständigung durch Indizien bedürftig sind, z. B. das Geständniß, welches, wenn es auch als ein unumwundenes, gerichtliches, seinem Inhalte nach ganz bestimmtes, angesehen werden kann, durch weitere adminiculirende Umstände unterstützt sein soll.

(M. vergl. den Art. 14 des Strafedicts über die Beweiskraft der Aussage eines Zeugen).

Es gibt Indizien, welche an und für sich nur eine Wahrscheinlichkeit begründen, aber in Verbindung mit directen Beweisen jeden vernünftigen Zweifel über die Existenz des Verbrechens beseitigen. Die Anzeigen dienen vorzugsweise zur Führung des Vertheidigungsbeweises; die directen Beweise zur Entdeckung der Anzeigen †).

Die Erforschung und der Vorhalt von Anzeigen von Seite des Inquirenten dienen endlich dazu, den Erfolg der Untersuchung zu sichern, indem sie die Aufgabe des Letztern, das Geständniß zu erlangen, erleichtern.

Stumme Zeugen führen nicht selten eine Sprache, welcher selbst der verstockteste Bösewicht nicht widersteht.

4) Die Beweiskraft der Indizien.

Die Doctrin und die Praxis des deutschen gemeinrechtlichen Verfahrens geben den Indizien die Wirkung eines vollständigen Beweises in Ansehung des Vorsatzes, der Unschuld oder der verringerten Strafbarkeit des Angeschuldigten. Darüber ist man auch bei uns im Reinen. In Betreff der Frage hingegen: welche Wirkung dem Indizienbeweise beizumessen sei, — in so ferne derselbe dazu benutzt werden will, die Person des Verbrechers, die Thäterschaft, in criminalrechtliche Gewißheit zu setzen? sind die Meinungen getheilt ††).

---

†) Mittermaier, das deutsche Strafverfahren 3te Aufl. §. 103.

††) Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung B. 1. S. 93.

„Die Frage: darf auf zusammentreffende Indicien peinliche Strafe erkannt werden? — entsteht häufig bei den badischen Gerichtshöfen und die Ansichten darüber sind nicht gleichförmig.“ Esser, im Archiv I. Band 3tes Heft S. 506.

Digitized by Google

5) Die verſchiedenen Meinungen.

Die Einen ſtellen auch in Beziehung auf die Perſon des Verbrechers (auf den Ausſpruch des „Schuldig") den künſtlichen Beweis dem natürlichen in jeder Beziehung gleich, — die Andern verwerfen ihn unbedingt †), während eine dritte Partei — ſich in die Mitte ſtellend — den Indizienbeweis a) nur in Verbindung mit dem direeten Beweiſe oder b) wenn die Thatſachen, die mit dem Verbrechen im Zuſammenhange ſtehen, juridiſch gewiß ſind, und die davon abgeleitete Schlußfolgerung ſo beſchaffen iſt, daß ſie die Möglichkeit des Gegentheils ausſchließt, zu dem gedachten Zweck für geſetzlich zuläſſig erklärt.

6) Prüfung der erſten Meinung.

a. Vom Standpunkte der Geſetzgebungspolitik.

Die unbedingten Freunde und Anhänger des Indizienbeweiſes vertheidigen ihre Meinung von dem Standpunkte der Geſetzgebungspolitik und von jenem des poſitiven Rechtes. Derſelbe führt nach ihrem Dafürhalten weit ſicherer zur Auffindung der materiellen Wahrheit, als der in ſeinen Reſultaten nicht minder trügeriſche direete Beweis, er iſt überdieß kein Gegenſtand der Wahl, ſondern eine Nothwendigkeit, weil ohne ihn der Arm der Gerechtigkeit gelähmt und die öffentliche Sicherheit gefährdet wäre.

Darauf läßt ſich jedoch erwiedern:

1) Dadurch, daß man den Werth des natürlichen Beweiſes herabſetzt, bringt man den künſtlichen Beweis nicht in die Höhe. Der mittelbare Beweisſatz muß bewieſen werden, wie der unmittelbare. Wie weit käme man mit der Beweisführung im Criminalproceſſe, wenn man für mehrere Indizien, welche zuſammen treffen müſſen, um ein Straferkenntniß darauf zu bauen, wieder mehrere Indizien zur Herſtellung der criminalrechtlichen Gewißheit haben müßte, wenn nicht einmal die Wahrheit jener Thatſachen, von welchen zunächſt die Wahrheit des unmittelbaren Satzes (die Exiſtenz des Verbrechens) abgeleitet wird, durch direete Beweiſe ermittelt werden könnte! — Wird auch auf dieſem Wege eine Täuſchung bewirkt, ſo liegt darin ein unabwendbares Uebel. Es verdient dabei noch weiters erwogen zu werden, daß der Richter die falſche Ausſage eines Zeugen und den Irrthum desſelben oder des Conſitenten nicht zu verantworten hat. Das Unrecht, welches die Folge unhaltbarer Schlüſſe iſt, liegt dagegen zentnerſchwer auf ſeiner Schulter.

2) Die Bedenklichkeiten, die man gegen den künſtlichen Beweis vorbringt, ſind wahrlich nicht aus der Luft gegriffen.

Duttlinger ††) hat drei Quellen der Irrthümer nachgewieſen, welchem der künſtliche Beweis in weit höherm Maaße ausgeſetzt iſt, als der nichtkünſtliche.

Er hat das Maaß derſelben nicht erſchöpft.

Allerdings kann aus der Combination mehrerer Umſtände, welche an ſich nur Vermuthungen bewirkt haben würden, auch ein vollſtändiger künſtlicher Beweis entſtehen †††).

Wenn zwei Delinquenten in ein Gefängnißzimmer auf eine Weiſe eingeſperrt ſind, welche den Zutritt eines Dritten phyſiſch unmöglich macht und es ergibt ſich, daß während der Dauer der Captur einer derſelben ſeine Naſe oder ſein Ohr mittelſt des Werkzeuges, welches der Menſch zu andern Zwecken, als zum Angriff, im Munde führt, verloren habe, ſo iſt über die Perſon des Thäters ein Zweifel nicht wohl gedenkbar.

Die gleiche Bewandtniß hat es hinſichtlich der Schuld einer wegen Unzucht in Unterſuchung gezogenen ledigen Weibsperſon, welche ſich im Zuſtande der Schwangerſchaft befindet, wenn ſie ſich nicht etwa durch die Einrede der an ihr verübten Nothzucht exkulpirt, ſodann hinſichtlich der Unſchuld eines Angeklagten, der das Alibi nachweiſt ††††).

---

†) Duttlinger im Archiv für die Rechtspflege Band I. S. 115 sub 4.

„Die criminalrechtliche Gewißheit des Thatbeſtandes des Verbrechens und der Perſon des Verbrechers kann vollſtändig, d. h. mit der Wirkung, daß der Ausſpruch des „Schuldig" und die Verurtheilung zur ordentlichen Strafe darauf gebaut werden kann, nur allein auf dem Wege des nicht künſtlichen Beweiſes dargethan werden."

††) Duttlinger a. a. O. Band I. Heft I. S. 121 u. f. Man vergl. Dr. Bauer über die („gemeinrechtliche") Verurtheilung auf Anzeigenbeweis — in Hitzig's Annal. fortgeſ. vom Demme 5ter Band S. 17—24.

†††) Grolmann's Grundſ. der Criminalrechtswiſſenſchaft 3. Aufl. S. 519.

††††) „Wenn eine Ehefrau, deren Mann bereits ſeit Jahren in andere Welttheile lebt, ſchwanger wird, ſo enthält dieſe Entfernung den Beweis der Unmöglichkeit, daß ſie von ihm ſchwanger ſein

Digitized by Google

Nicht in allen Fällen, wo der Beweis ausschließlich auf Indizien beruht, läßt sich diese Evidenz erreichen.

Man nimmt oft das Gegentheil nicht an, weil es an allen Beweis- und Erkenntnißgründen dafür gebricht, oder weil diejenigen, welche dafür vorliegen, nicht als hinreichend erkannt werden. Wenn z. B. ein Angeklagter, der schon einmal wegen Diebstahls bestraft wurde, und dessen Anwesenheit an dem Orte, wo der Diebstahl statt hatte, unter verdächtigen Umständen ausgemittelt ist, den Diebstahl hartnäckig läugnet, indem er behauptet, daß er die Umstände, welche seine Anwesenheit verdächtig machen, (z. B. die Nichtanwesenheit der Hausleute) nicht gekannt, oder daß ihm ein Dritter, den er für den wahren Dieb halte, vielleicht aus Besorgniß der Entdeckung die Sache in den Sack gesteckt, oder daß er sie gefunden oder von einem Dritten ihm unbekannten Manne gekauft oder zur Aufbewahrung erhalten habe u. dgl. m., so sind vier Fälle zu unterscheiden: a) die Entschuldigung beruht lediglich auf der beweislosen Angabe des Angeklagten; b) sie ist durch Vermuthungsgründe unterstützt, welche sie in einem gewissen Grade wahrscheinlich machen; c) sie ist durch Beweise entkräftet, welche sie als unwahrscheinlich, oder d) als völlig grundlos darstellen. In jedem dieser Fälle, ja sogar, wenn der Besitz oder die Anwesenheit von allen Nebenumständen, die sie als verdächtig erscheinen lassen, entblößt ist, kann je nach dem subjektiven Ermessen des Richters in dem erwiesenen Leumund, der Anwesenheit und dem Besitz ein Zusammenhang mit der That gefunden werden: daß sich vernünftiger Weise ein anderer nicht denken läßt†). Gleichwohl ist es eine über allen Angriff erhabene Wahrheit, daß wenigstens bei a, b und c das Verhältniß noch im Ungewissen schwebt, und daß eine Gewißheit der Schuld neben der Ungewißheit der Unschuld nicht bestehen kann.

Man versieht sich ferner oft, wie Mittermaier (a. a. O. S. 414) bemerkt, in der Beurtheilung des Zusammenhanges. „In den meisten Fällen beruht der Schluß, welchen wir von einer Thatsache auf die andere (von dem Bekannten auf das Unbekannte) ziehen, nur auf einer Möglichkeit, wenn wir zwischen beiden einen Zusammenhang annehmen, und hierin liegt eben die Bedenklichkeit, da man oft leichtsinnig etwa zwei Thatsachen in Verbindung bringt, und eine als Nebenumstand einer andern ansieht, während sie für sich selbstständig vorkömmt, und nur zufällig der Zeit nach mit einem andern Umstand in Verbindung kam."

Der künstliche Beweis ist ein werthvolles Mittel zur Herstellung des Beweises im Criminalproceß. Er ist jedoch kein absolutes Bedürfniß zur Ausmittlung des Thäters, und steht in Beziehung auf die Verläßigkeit seines Resultates, der Schwierigkeiten seiner Erhebung und der Gefahren wegen, welchen nach dem Ausdrucke des jüngsten Entwurfes einer Criminal-Proceßordnung für das Großherzogthum Baden „selbst die schärfste Combinationsgabe bei Schlüssen ausgesetzt ist", dem natürlichen Beweise, welcher auf unmittelbarer Anschauung beruht, nach.

Es ergibt sich dieß 1) aus einer Vergleichung dessen, was dem Richter bei dem direkten Beweise zu thun obliegt, mit dem, was er bei dem indirekten Beweise zu beobachten hat ††).

Seine Thätigkeit beschränkt sich bei dem erstern darauf, den Werth der Zeugenaussagen und Geständnisse, deren Beziehung auf die That eine leichte Aufgabe ist, ihrem Inhalt und ihrer Form nach zu prüfen, und dabei Gesetze in Anwendung zu bringen, die so klar sprechen, daß ein

könne, und diese einzige Anzeige liefert den vollen Beweis eines von ihr begangenen Ehebruches."

Bauer Abh. a. a. O. S. 12. Note 6

†) M. s. die v. Weiler angef. oberhofgerichtliche Entscheidung S. 99. im I. Bande des Archivs für die Rechtspflege.

††) Wer die Beurtheilung von Judizien, beziehungsweise die Rechtfertigung einer Verurtheilung auf künstlichen Beweis, für eine leichte Aufgabe hält, den verweise ich auf den Tischler Wendt'schen Criminalfall. (Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von L. v. Jagemann u. S. Sölluer Band I.) Die Juristen-Facultät zu Göttingen hat den Angeklagten des an seiner Frau verübten Giftmords für schuldig erklärt, und zum Tode verurtheilt. Die Juristen-Facultät zu Heidelberg hat ihn von der Instanz losgesprochen. Der Verfasser der Entscheidungsgründe, auf welchen das erste Erkenntniß beruht, Prof. Dr. Bauer in Göttingen, rechtfertigt in der gedachten Zeitschrift die Verurtheilung mit einer Gründlichkeit, die nichts zu wünschen übrig läßt.

Demungeachtet wird er seine Gegner von der Richtigkeit seiner Ansicht über die Beweiskraft der der Beurtheilung zu Grunde gelegten Indizien nicht überzeugen.

Digitized by Google

Mißverständniß dabei nicht zu befürchten ist. Bei dem Indizienbeweise erstreckt sich die Prüfung auf eine Kette von Thatsachen, sie hat sich nicht blos mit der criminalrechtlichen Gewißheit des Untersatzes, sondern und zwar hauptsächlich mit der Richtigkeit des Obersatzes und mit der Bündigkeit des Schlusses zu befassen. Sie erfordert einen mehr als gewöhnlichen Reichthum der Erfahrung und eine Schärfe des Verstandes, die nicht jeder besitzt, der die Kunst zu denken, gelernt und geübt hat †).

2) Aus der Verschiedenheit der Ansichten über den Werth der Indizien, welcher sich bei den Entscheidungen offenbart; 3) Aus einer Menge von Verirrungen, die man seit dem an Jean Calas verübten Justizmord dem künstlichen Beweise, in so weit die Verurtheilung des Angeklagten in demselben seine einzige Stütze hatte, zur Last legt.

Die Erfahrung und die Gesetze des Denkens sollen der Leitstern der geistigen Operation des Richters bei dem Indizienbeweis sein!

Die Erfahrung zeigt uns aber, daß nicht selten die Stimme des Publikums für oder gegen den Angeklagten den Richter mit sich fortreißt, wie schwer es ihm oft wird, sich von einem Totaleindrucke, der ihn bei der Zusammenstellung der aufgefundenen Thatsachen ergreift, durch eine sorgfältige Prüfung jeder einzelnen derselben frei zu machen, und wie leicht man von der Schuld eines Angeklagten zu überzeugen ist, wenn man einmal die vorgefaßte Meinung hat, daß er der That wirklich schuldig sei.

Der Logik eines auf solche Weise befangenen Richters ist alles möglich. Sie wird einen nothwendigen Zusammenhang am Ende auch da finden, wo nur ein zufälliger vorliegt, und den Mangel des Beweises übersehen, oder mit den Vollkommenheiten der Uebereinstimmung ergänzen.

Wenn Mittermaier (a. a. O. 441) das Ergebniß des künstlichen Beweises für ein ebenso sicheres hält, wie jenes des natürlichen Beweises, so geschieht dieß in der bedenklichen Voraussetzung, daß überall bei der Prüfung desselben die erforderliche höchstmögliche Vorsicht angewendet werde, und mit dem seine Zuversicht sehr herabstimmenden Anhange: „Wir würden die Natur der Verhältnisse verkennen, wenn wir nicht zugeben wollten, daß unter dem Vorwande des künstlichen Beweises schon viele Opfer des Leichtsinns, der Bosheit oder des Unverstandes der Richter schuldlos gefallen sind.“

Wenn man den künstlichen Beweis in andern Beziehungen z. B. in Ansehung des Vorsatzes für genügend hält, so liegt darin kein Widerspruch mit den hier entwickelten Ansichten über die Güte desselben. Man läßt ihn zu, weil man keine andere direkten Erkenntnißquellen dafür hat, und die Sprache des stummen Zeugen in diesem Punkte als eine verläßige erscheint, oder als eine solche zu Gunsten des Angeklagten erkannt wird.

Demjenigen, der unschuldig ist, liegt vor Allem daran, daß er als Thäter freigesprochen werde. Diesen Erfolg muß ihm der Gesetzgeber sichern — und es waren bereits mehrere Partikulargesetzgebungen Deutschlands darauf bedacht, ihm eine Schutzwehr, wenigstens für Fälle zu geben, wo sich das durch unhaltbare Schlüsse zugefügte Unrecht nicht wieder gut machen läßt.

3) Es läßt sich nicht verkennen, daß, nachdem die Tortur aufgehoben wurde, die Indizien also nicht mehr, wie früher, zum Zwecke der peinlichen Frage, wodurch man stets eine direkte Ueberweisung durch Geständniß herbeiführte, benützt werden können, nachdem ferner dem Richter jede andere gewaltthätige Einwirkung auf den Inquisiten (insbesondere die körperliche Züchtigung für gerichtliche Lügen) untersagt ist, der künstliche Beweis jetzt zu einer Bedeutsamkeit gelangt sei, die er früher nicht hatte, daß namentlich eine Ausdehnung des Verbotes, wie sie die Gegner desselben, welche der zweiten Meinung anhängen, in Anspruch nehmen, die lebhaftesten Besorgnisse für die öffentliche Sicherheit zu erwecken geeignet wäre. Beschränkt man jedoch das Verbot auf jene Fälle, wo das Resultat des künstlichen Beweises nicht so beschaffen ist, daß es die Möglichkeit des Gegentheils ausschließt, oder wo die Ueberzeugung des

†) Ich kann mich hierüber auf das Zeugniß eines der gewandtesten Wortführer für den Indizienbeweis berufen. Bauer in seiner Abhandlung über die Verurtheilung auf Indizien (a. a. O. S. 19) gesteht zu: „Allerdings erfordert die Aufsuchung, Prüfung und Zusammenstellung der Anzeigen einestheils besonderen Scharfsinn, eine geübte Urtheilskraft, Erfahrung und große Umsicht, anderntheils Unbefangenheit und Freiheit von allem Voreingenommensein, wornach sie also zu den schwersten Aufgaben der Beurtheilung gehört.“

Digitized by Google

Richters nicht zugleich eine werthvolle Stütze in dem damit concurrirenden natürlichen Beweise erhält, so scheinen mir die Gefahren für die öffentliche Sicherheit wenigstens nicht so erheblich, daß man Ursache hätte, ihretwegen jene Gefahren, welche die Unschuld bedrohen, wenn man dem richterlichen Ermessen freien Spielraum läßt, zu übersehen. — Zwischen zwei Uebelständen nämlich a) der Gefahr der Freisprechung einer größern oder kleinern Anzahl vom Schuldigen und b) der Gefahr der Verurtheilung einer kleinen Anzahl von Unschuldigen kann die Wahl nicht schwer werden. Wer wird nicht lieber sein Eigenthum dem Diebe, als seinen Ruf, seine Freiheit und seine Ehre dem Gesetze und dem Richter preis geben!

b) Von dem Standpunkte des positiven Rechts.

Der wörtliche Inhalt des Art. 22 der P. G. O. ist folgender:

„daß niemant auff eynicherlei Anzeygung, Argwohns wahrzeichen, oder Verdacht, entlich zu peinlicher Straff soll verurtheilt werden, sondern allein peinlich mag man darauf fragen, so die Anzeygung (als darnach funden wirdet) genugsam ist, denn soll jemant entlich zu peinlicher Straf verurtheilt werden, das muß aus eygen bekennen oder Beweisung (wie an andern enden inn dieser Ordnung klärlich funden wirdt) beschehen und nit auff Vermuthung oder Anzeygung."

Damit ist das Verbot der Erlassung eines Straferkenntnisses auf bloße Anzeigen so klar ausgedrückt, daß man im Wege der Auslegung dagegen schlechterdings nicht aufzukommen vermag. *)

Die Vertheidiger der ersten Meinung versuchen deßhalb diesen Artikel auf andere Weise zu beseitigen.

Sie behaupten:

1) durch die Aufhebung der Tortur sei in der gesetzlichen Beweistheorie eine Lücke entstanden. Dieser Umstand und die enge, innige Verbindung, welche zwischen den Bestimmungen der CCC, die sich auf die Tortur, und den Vorschriften, welche sich auf die Beweiskraft der Inzichten beziehen, bestehn, seien geeignet, die Aufnahme der rationalen Beweistheorie mit der Wirkung, die ihr das römische Recht als Hilfsrecht beilegt zu rechtfertigen**).

Die CCC. legt ein großes Gewicht auf den natürlichen Beweis. Sie sieht besonders in dem Geständniß die beste Bürgschaft für die Wahrheit, und treibt ihren Eifer, den Straferkenntnissen diese Basis zu verschaffen, so weit, daß sie die gewaltsame Erpressung des Letztern gestattet.

Glaubt man nun, daß die Aufhebung dieses barbarischen Mittels, um ein Geständniß zu erhalten, wirklich eine fühlbare Lücke in der Lehre vom Beweise zurückgelassen habe, so begreife ich doch nicht, wie man dieselbe dadurch ausfüllen mag, daß man eine andere humane Bestimmung aufhebt, wie man zu dem römischen Recht seine Zuflucht nimmt, um eine Mauer niederzureißen, welche das deutsche Recht zum Schutze der Unschuld aufgeführt hat.

---

*) Die Annalen von 1841 Nr. 3 liefern uns zwar den Versuch einer Auslegung, wodurch der Richter von den Fesseln befreit würde, die ihm der Art. 22 der P. G. O. anlegt. Nach dieser Auslegung erstreckt sich der Artikel nicht auf jene dringenden Anzeigen, welche die L. 25. C. de probat. als indicia indubitata et luce clariora, der Art. 16 der CCC. hingegen als unzweifelhaft bezeichnet, diese Indicien sind vielmehr mit dem Verbrechen so eng verbunden, daß sie damit eine Thatsache bilden. Ich kann mich mit dieser von der bisherigen Doctrin so sehr abweichenden Ansicht nicht befreunden. Es liegt schon im Begriffe des Causalzusammenhanges, daß die Thatsache, welche mit einer andern in Verbindung steht, von dieser verschieden sei. Mit sich selbst kann eine Thatsache nicht im Zusammenhange stehen, steht sie aber mit einer andern in einem — gleichviel ob nahen oder entfernten Zusammenhange, so kann sie mit derselben nicht eine Thatsache bilden.

Der Art. 16 spricht, wie aus seiner Ueberschrift und aus seinem Inhalt hervorgeht, nicht von Anzeigen (d i. mittelbaren Beweissätzen), sondern von der Missethat selbst — von öffentlicher unzweifelhafter Uebelthat, von dem Fall, wo der Verbrecher auf der That betreten wird. Er empfiehlt in einem solchen unzweifelhafen Falle die peinliche Frage, nicht die Verurtheilung.

Ich vermag daher nicht einzusehen, daß dieser Artikel zu dem Art. 22, welcher von ganz andern Dingen handelt (nämlich von Anzeigen und Verurtheilung auf Anzeigen), in einer Beziehung stehe, welche geeignet wäre, diesem letztern alle Wirksamkeit zu entziehen, indem sie den Gegenstand desselben auf die gemeinen Anzeigen reduzirt. —

**) Baner Abh. a. a. O S. 33—44.

Digitized by Google

Daß zwiſchen der Einführung der Tortur und dem Verbote der Verurtheilung auf künſtlichen Beweis eine Verbindung beſtehe, vermöge welcher Beide zugleich beſtehen, oder untergehen müſſen, kann ich um ſo weniger annehmen, da gerade die Aufhebung der Tortur das Verbot in ſeine vollen Rechte und Wirkſamkeit einſetzte. So lange der Angeklagte dem kraſſeſten Irrthum des Geſetzes verfallen war, konnte ihm der Irrthum des Richters nicht wohl ſchaden. Nachdem aber das Geſetz aufhört, ſein größter Feind zu ſein, wird ihm die Schutzwehr gegen den Richter jene Beruhigung geben, die ſie ihm neben der Tortur nicht gewähren konnte.

Darauf, was Schwarzenberg gethan hätte, wenn die Beziehung des Gebotes der Folter zu dem Verbot der Verurtheilung auf den Anzeigebeweis wegen Unſtatthaftigkeit der erſtern weggefallen wäre, kann es nur inſofern vorkommen, als man annehmen darf, er würde die Verurtheilung auf den zuſammengeſetzten Beweis, und auf jenen künſtlichen Beweis, der die Möglichkeit des Gegentheils ausſchließt, geſtattet haben.

Daß er aber mit Umgehung jeder weitern Schutzwehr gegen Irrthum, Leidenſchaft und Uebereilung von Seite der Richter die Verurtheilung auf einen künſtlichen Beweis zugelaſſen hätte, der das Prädikat der Vollſtändigkeit*) ſich aneignet, ob er gleichwohl die Verurtheilung eines Unſchuldigen in Ausſicht ſtellt; daß er die Umſtände und Bedenken, welche man dagegen erhob, und früher ſchon erhoben hat, gar nicht geprüft, oder ihnen die Gründe entgegengeſetzt hätte, womit man ſie jetzt zu beſeitigen gedenkt, daß darf man wenigſtens gewiß nicht als ausgemacht annehmen.

Setzen wir den Fall, der Geſetzgeber hätte verordnet:

„Auf Indizien findet eine Verurtheilung zur ordentlichen Strafe nicht ſtatt, ſondern blos eine Verurtheilung zu einer außerordentlichen Strafe.“

Würden wir wohl darin eine nothwendige wechſelſeitige Beziehung finden, ein gegenſeitiges Verhältniß, wodurch die eine dieſer Beſtimmungen durch die andere bedingt iſt, mithin das Verbot der Verurtheilung zur ordentlichen Strafe aufhören müßte, wenn die außerordentliche Strafe aufgehoben würde? — Gewiß nicht.

Wer das *minus* mit dem *plus* dergeſtalt in Verbindung bringt, daß er das eine ausdrücklich erlaubt, das andere ausdrücklich verbietet, während doch das Verbot des plus ſchon in der Erlaubniß des minus implicite enthalten iſt, gibt ganz unzweideutig zu erkennen, daß er mit der Zurücknahme des einen (der Erlaubniß zur Vornahme des Geringern) das Verbot zur Vornahme des Größern und Wichtigern nicht verſchwinden laſſen wolle.

Der Artikel 22 verwirft die Verurtheilung auf Indizien, weil er den künſtlichen Beweis nur zur Anwendung der Tortur für genügend erklärt, nicht weil er (wie Zachariä bemerkt) die Tortur angewendet wiſſen will. Läßt ſich nun auch nachweiſen, daß der Verf. der CCC. Anlaß hatte, bei Vorausſetzung der Unſtatthaftigkeit der Tortur, hinſichtlich der Kraft des Indizienbeweiſes eine andere Verfügung zu treffen, als jene, die er in der Vorausſetzung ihrer Statthaftigkeit getroffen hat, ſo folgt daraus (wenigſtens mit Nothwendigkeit) noch lange nicht, daß es ſeine Abſicht war, das Verbot der Verurtheilung von dem Fortbeſtand der Tortur abhängig zu machen, oder daß es jetzt in einem der Abſicht des Geſetzgebers entſprechenden Sinne nicht mehr angewendet werden könne.

So klar und überzeugend, wie es erforderlich iſt, wenn es ſich darum handelt, ein unſtreitig beſtehendes Geſetz aufzuheben, ſcheinen mir daher die Gründe nicht, auf welche ſich die Behauptung ſtützt, „daß das fragliche Verbot durch die Statthaftigkeit der Tortur bedingt war,“ (Bauer a. a. O. S. 40—42).

2) Ein weiteres von der ratio legis abgeleitetes Argument ſcheitert an der längſt anerkannten Unrichtigkeit des Satzes: cessante ratione legis, cessat lex ipsa **).

3) Auch auf das Strafedict werden ſich die Anhänger der erſten Meinung mit Erfolg nicht berufen können.

Der §. 13 verordnet: „daß dasjenige, was in der P. H. G. O. über die Natur und Wirkung der Indizien geſagt wird, nur ſo weit anwendbar bleibe, als

*) Der Beweis iſt nur dann vollſtändig, wenn er die Möglichkeit des Gegentheils, beziehungsweiſe die Annahme dieſer Möglichkeit ausſchließt.

**) Mittermaier a. a. O. S. 549.
Zentner's Andeutungen S. 99. Note 1.
Bauer a. a. O. S. 34 und 35. „Der angeführte Satz iſt nur eine Regel für Auslegung und Anwendung der beſtehenden Geſetze, keineswegs aber ein Grundſatz für die Beurtheilung der fortdauernden Gültigkeit des Geſetzes ſelbſt.“

Digitized by Google

weit es ohne einen Anklagsproceß zu haben, und ohne der peinlichen Frage sich zu bedienen, anwendungsempfänglich ist." Die Untersuchungsmaxime steht der Anwendung des Artikel 22, in so weit sich derselbe mit dem Verbote befaßt, auf den künstlichen Beweis ein Straferkenntniß zu bauen, nicht entgegen. Die Folgen, welche die Aufhebung der peinlichen Frage nach sich zieht, hat unser Strafedikt bezeichnet. Sie bestehen (abgesehen von den Verurtheilungen, von welchen weiter unten bei der Prüfung der dritten Meinung die Rede sein wird:)

a) In der Klagfreierklärung „wenn nach Erschöpfung der gesetzlichen Erforschungswege, (d. i. der peinlichen Frage in so weit sie damals noch beibehalten wurde und des Erforschungsmittels der Wahrheit, welches in der Folge das Schicksal der erstern zu theilen hatte) sich keine Beweise aufgefunden haben, die zu einem ordentlichen Straferkenntniß hinreichend sind."

b) In dem Sicherungsverhaft, welcher unter gewissen Voraussetzungen erkannt werden darf.

Man vergl. die §§. 10, 11 und 18 des Strafedikts.

Man wird sich überall vergebens nach einer Bestimmung umsehen, welche sagt, daß das Artikel 22 der P. G. O. ausgedrückte Verbot der Verurtheilung auf bloße Anzeigen aufgehoben, oder daß der künstliche Beweis für sich allein hinreichend sei, um ein ordentliches Straferkenntniß darauf zu gründen.

Der §. 14 enthält drei Bestimmungen:

a) Der Beweis einer Missethat, welcher nur durch einen Zeugen geführt ist, wirkt nur dann einen halben Beweis, wenn die beschuldigte Person nach andern vorliegenden Beweisen eine solche ist, zu welcher man sich die in Frage stehende That wohl versehen kann.

Diese Stelle scheint auf den zusammengesetzten Beweis hinzuweisen; denn zur Klagfreierklärung bedarf es gerade keines vollständigen halben Beweises, zur Erkenntniß des Sicherungsverhaftes ist ein bestimmtes Maas ebenso wenig vorgeschrieben, und zur peinlichen Frage darf nicht geschritten werden, wenn mehr als ein halber Beweis vorliegt, weil sie abgeschafft ist.

Jedenfalls liefert sie nichts, was zur Unterstützung der ersten Meinung beitragen könnte.

b) Wenn der Richter mehrere Indizien zusammennimmt, um daraus ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des Angeklagten zu ziehen, muß jede Inzicht durch zwei unverwerfliche Zeugen erwiesen werden *).

Das Raisonnement, welches sich auf diese Stelle stützt, hat eine beachtenswerthe Grundlage. Wozu — kann man mit Recht fragen — eine Anweisung des Richters, wie er sich bei der Beurtheilung der Indizien, um ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des Angeklagten zu ziehen, zu benehmen habe, wenn die Verurtheilung auf Indizien überhaupt untersagt ist?

Und dennoch stellt sich bei einer nähern Prüfung auch dieses Raisonnement als unhaltbar dar.

Das Fehlerhafte desselben liegt in der Unterstellung, daß der Artikel 22 der P. G. O. sich auf den zusammengesetzten Beweis erstrecke.

Dieß ist, wie ich bei der Prüfung der dritten Meinung nachweisen werde, keineswegs der Fall.

Bei dem zusammengesetzten Beweise kommen wirklich solche Schlüsse vor, und es entspricht den Regeln der Auslegung, die §. 14 des Strafedikts erlassene Instruktion auf den Fall des Zusammentreffens natürlicher und künstlicher Beweise zu beziehen, wodurch die particularrechtliche Bestimmung ihr Ansehen beibehält, ohne jenes gemeinrechtliche im Artikel 22 der P. G. O. gegründete Verbot in seinem Werthe zu schwächen **).

Die dritte und letzte Stelle:

c) Besteht die Anzeige aus mehreren faktischen Bestandtheilen (es können z. B. eine Menge von Thatsachen den Leumund des Angeklagten bestimmen) so genügt es, wenn das Ganze auf zweier oder dreier Zeugen-Aussage beruht

ist ihrem Inhalte nach ganz unerheblich ***).

(Schluß folgt.)

---

*) Man darf die Verbindung nicht übersehen, in welcher die Bestimmungen sub a, b und c zu einander stehen. b bildet einen Gegensatz zu a, und c zu b. Der Gesetzgeber wollte daher nur bemerklich machen, daß zwei Zeugen bei der Herstellung der criminalrechtlichen Gewißheit einer Anzeige einen ganzen Beweis ausmachen, während bei der Ausmittlung der Missethat ein Zeuge keinen halben Beweis gibt. Er hatte aber die Absicht nicht, hinsichtlich der Indizien eine andere Beweistheorie einzuführen — zu verordnen, daß diese nur durch zwei unverwerfliche Zeugen bewiesen werden können. Eine buchstäbliche Auslegung dieser Verfügung würde den Artikel 22 der P. G. O. noch überbieten; denn wo sollte man bei einem Complexe von Indizien die erforderliche Zahl von Zeugen hernehmen? Es verhält sich hiernach mit dem Beweise der Inzichten, wie mit dem Beweise der Missethat selbst.

**) Man vergl. Duttlinger a. a. O. S. 860

Es ist auf dessen Replik noch keine Duplik erfolgt, welche sich die Widerlegung der von ihm aufgeführten mitunter schlagenden Gründe zur Aufgabe machte.

***) Man vergl. über die Unhaltbarkeit der aus dem Strafedikt für die erste Meinung abgeleiteten Argumente die Abhandlungen Annalen J. 1838. S. 74, 125. 257 von Sander und Bulson.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro 8. Karlsruhe den 25. Februar 1843.

Ueber den Beweis im Criminalproceſſe.

(Schluß).

7) Die zweite Meinung.

Die Gründe für und gegen dieſe Meinung fallen mit jenen für und gegen die erſte und dritte Meinung zuſammen. Es bedarf alſo die zweite Meinung keiner beſondern Erörterung, weßhalb ich zur Prüfung der dritten Meinung übergehe.

8) Prüfung der dritten Meinung.

Die Gefahren, welche mit dem Indicienbeweiſe verknüpft ſind, in ſo weit man denſelben für ſich allein zur Herſtellung der criminalrechtlichen Gewißheit hinſichtlich der Perſon des Thäters benutzen will, vermindern ſich bei dem zuſammengeſetzten Beweiſe und verſchwinden am Ende ganz, wenn man bedenkt, welche Stütze der künſtliche Beweis durch die Concurrenz des natürlichen Beweiſes erhält.

Wenn z. B. bei dem Diebſtahl mit dem Leumund des Beklagten, mit dem Beſitze der geſtohlenen Sache, über deren rechtmäßigen Erwerb er ſich nicht ausweiſen kann, und mit der ermittelten Noth deſſelben oder der Anweſenheit am Orte, wo der Diebſtahl ſtatt hatte, und den verdächtigenden Nebenumſtänden, welche die Anweſenheit begleiten, die eidliche, erhebliche Ausſage eines glaubwürdigen Augenzeugen, welcher den Angeklagten auf der That betreten hat, zuſammentrifft, ſo haben wir a) die moraliſche Ueberzeugung von ſeiner Schuldhaftigkeit, wir haben b) auch die juridiſche — in der Vorausſetzung nämlich, daß das Geſetz die Verurtheilung auf den zuſammengeſetzten Beweis für zuläßig erklärt. Wir bauen endlich c) auf Erkenntnißquellen und Erkenntnißgründe, welche jedem verſtändigen, wohlerfahrenen Manne einleuchten und nicht erſt durch eine zweifelhafte Freundin der Gerechtigkeit und Wahrheit, durch die Kunſt einer blendenden Dialektik zu ihrem Werthe gebracht werden müſſen. Denſelben Dienſt kann unter geeigneten Umſtänden ein außergerichtliches Geſtändniß leiſten, wenn es mit Indicien in Verbindung ſteht. Man ſieht jedoch dieſe Beweiſe — dem Sprachgebrauche des CCC. Art. 30—32 folgend, ebenfalls für Anzeigen an, welche von dem Art. 22 ausgedrückten Verbote betroffen werden.

Die Unrichtigkeit dieſer Anſicht dürfte ſich indeſſen aus folgenden Betrachtungen ergeben.

Fürs erſte kann der Grad der Vollkommenheit des Beweiſes auf die Beſtimmung der Gattung, zu welcher der Beweis gehört, keinen Einfluß äußern. Die Ausſage eines claſſiſchen und eines verdächtigen Zeugen bewirkt einen unvollſtändigen Beweis, die Ausſage von zwei claſſiſchen Zeugen einen vollſtändigen, der eine, wie der andere wird eine species des natürlichen Beweiſes ſeyn.

Fürs zweite ergiebt ſich ſchon aus dem Inhalt der letzten beiden Säze des fraglichen Artikels:

„das muß beſchehen"
„das darf nicht beſchehen"

daß der Geſetzgeber einen Gegenſatz im Auge hatte, daß er mithin auch jene Worte:

„bekennen oder Beweiſung"
„Vermuthung und Anzeigung"

in ihrem eigentlichen, engern Sinne, in welchem ſie einen Gegenſatz bilden, gebraucht habe.

Iſt er ſpäter wieder davon abgewichen, ſo hatte er hiezu beſondere Gründe. „Er wollte den Richtern die gewöhnlichſten Arten, wodurch Wahrſcheinlichkeit entſteht, auf-

Digitized by Google

zählen und ihnen eine Anweisung geben, nach welchen Rücksichten sie die Erfordernisse des Eintretens der Folter zu beurtheilen hätten, und da er allgemein ausgesprochen hatte, daß nur Folter erkannt werden dürfe, wenn eine redliche Anzeigung vorhanden wäre, so war es consequent, zu erklären, daß auch das Daseyn des außergerichtlichen Geständnisses oder die Aussage eines Zeugen eine redliche Anzeigung begründe" †).

Darum kann man aus den Sprachgebrauch der Carolina dafür, daß die gedachten Ausdrücke Art. 22. im uneigentlichen weiten Sinn zu nehmen seyen, nichts ableiten.

Dieß vorausgesetzt dürfte eine kurze Zusammenstellung der Gründe, welche der dritten Meinung zur Seite stehen, genügen, um — von den Grundsätzen des deutschen Strafprozesses ausgegangen — darzuthun, daß dieser Meinung, gleichviel ob es sich de lege ferenda oder de lege lata handelt, der Vorzug gebühre.

Diese Gründe sind:

1) unter dem allgemeinen Ausdruck: „Beweisung" dessen sich der Art. 22. der P. G. O. im Gegensatz zu der „Anzeigung" bedient, sind alle direkten Beweise zu verstehen. Es müssen also auch diejenigen darunter begriffen werden, welche in Beziehung auf Form und Inhalt mangelhaft oder unvollständig und darum nicht geeignet sind, eine vollständige Ueberzeugung zu begründen.

2) Das Verbot des Art. 22. beruht auf der Ansicht des Gesetzgebers, daß der künstliche Beweis kein verläßiges Resultat in Beziehung auf das gegen ein bestimmtes Individuum auszusprechende „Schuldig" gewähre. Das Mistrauen des Gesetzgebers, welches den künstlichen Beweis an und für sich trifft, kann nicht auf den zusammengesetzten Beweis d. i. auf jene Fälle ausgedehnt werden, wo die richterliche Ueberzeugung zugleich durch den natürlichen Beweis, der das volle Vertrauen des Gesetzgebers besitzt, bewirkt wird.

Das Verbot würde durch eine solche Beziehung eine Ausdehnung erhalten, die weder in der Intention des Gesetzgebers liegt, noch mit den Interessen der Gerechtigkeit und der öffentlichen Sicherheit übereinstimmt.

3) Die Ansicht, daß auf den zusammengesetzten Beweis eine Verurtheilung erfolgen könne, ist der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis keineswegs fremd ††).

Pfeiffer, prakt. Ausf. II. B. S. 438.

Martins Lehrbuch des deutsch. gem. Criminalprozesses 3. Auflage S. 233. Note 4.

Mittermaier. a. a. O. S. 464 †††).

„Der Hauptgrund, warum der Art. 22 CCC. auf Indicienbeweis nicht strafen lassen wollte, liegt in der vorausgesetzten Trüglichkeit des Beweises, der durch Schlüsse erbracht wird; dieser Grund fällt aber dann weg, wenn nicht blos auf Schlüsse der Beweis gebaut wird, sondern auch andere Beweismittel, welchen man, wenn noch einige Erfordernisse hinzukommen, die Kraft, volle Gewißheit zu begründen, zuschreibt, die Grundlage richterlicher Ueberzeugung bilden; denn käme zu der Aussage eines Zeugen noch die Aussage eines andern Zeugen hinzu, so würde man ja einen vollständigen Beweis angenommen haben; wenn nun auf einem andern von dem ersten unabhängigen Wege das nämliche Resultat erreicht wird und so eine Ergänzung entsteht, so ist nicht einzusehen, warum dieß nicht zugelassen werden solle".

Derselbe bemerkt noch, daß Schlüsse im Allgemeinen nicht Gegenstand der Verfolgung von Seite des Gesetzgebers seyn können, weil ohne sie in den wenigsten Fällen ein Beweis angenommen werden

†) Mittermaier a. a. O. S. 405.

††) Die Anhänger der ersten Meinung stimmen damit um so mehr überein, da ihr Grundsatz sie noch weiter führt. M. s. Bauers Beiträge zur Lehre vom Indizienbeweise in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren 2ter Band S. 5. „Noch weniger läßt sich die Richtigkeit dieser Ansicht beim zusammengesetzten Beweise bezweifeln, von welchem der Art. 22 ohnehin nicht spricht." Ferner dessen Abhandl. a. a. O. S. 5—7.

†††) Auch Duttlinger sagt an d. a. O. S. 113:

„Daran zweifelt Niemand, daß, wenn zugleich neben dem Inzichtenbeweis ein nicht künstlicher, obwohl unvollkommener Beweis hinzukommt, der Letztere durch Anzeigen vervollständigt werden könne."

D. Red.

Digitized by Google

dürfte. Es ist dieß eine Wahrheit, welche gewiß Niemand mißkennen wird, und welche für die Vertheidiger des zusammengesetzten Beweises nicht ohne Bedeutung ist.

4) Sie hat einen unverkennbaren Stützpunkt in dem §. 14 des Strafedikts. Die hierher bezügliche — oben angeführte — Stelle jener partikularrechtlichen Bestimmung würde völlig wirkungslos seyn, wenn man nicht annähme, daß durch dieselbe das in dem Art. 22 der CCC. ausgedrückte Verbot auf die Fälle beschränkt sey, wo die Verurtheilung allein auf den künstlichen Beweis gebaut werden will oder gebaut werden kann.

5) Anerkennt man die Zulässigkeit der Verurtheilung auf den zusammengesetzten Beweis, so kann man gegen die Zulässigkeit des Indicienbeweises, dessen Ergebniß die Möglichkeit des Gegentheils, (nicht blos die Wahrscheinlichkeit†) ausschließt, zu dem gleichen Zwecke um so weniger einen Anstand erheben, weil hier die Schlußfolgerung augenscheinlich und untrüglich ist, vorausgesetzt, daß die Thatsachen (Nebenumstände), von welchen sie abgeleitet wird, durch den natürlichen oder zusammengesetzten Beweis ermittelt werden. Selbst die entschiedendsten Gegner des Indicienbeweises statuiren hier eine Ausnahme. ††)

6) Der Richter, welcher sich die menschenfreundlichen Worte des Kaisers Trajan:

„Satius — impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari"

(L. 5. de poenis) — zu Gemüthe führt, erhält hierdurch eine Beruhigung, die ihm der künstliche Beweis mit all seinen wahren und angedichteten Vortrefflichkeiten nur selten gewährt.

Ich kenne kein größeres Unglück, als unschuldig verurtheilt zu werden.

Ich bedaure Jeden, der dieses Unglück der Gewissenslosigkeit der gegen ihn abgehörten Zeugen, oder anderen Unvollkommenheiten des direkten Beweises zur Last schreiben kann. Der Gesetzgeber würde sich vergebens bemühen, Ungerechtigkeiten, welche aus dieser Quelle entspringen, zu verhüten. Bei den Opfern, welche der künstliche Beweis in Anspruch nimmt, beklage ich die Justiz selbst. Sie kann das Uebel abwenden, wenn sie die Gefahr, einen Unschuldigen zu verurtheilen, höher anschlägt, als die Gefahr, zwei Schuldige freizusprechen. Daß der künstliche Beweis sich von solchen Opfern nicht frei erhalten könne, räumt Bauer selbst ein, indem er die Landesgesetze billiget, welche bei künstlichem Beweise die Verurtheilung zur Todesstrafe verbieten, weil es stets möglich bleibe, daß die Unschuld nach geschehener Hinrichtung durch den natürlichen Beweis noch hergestellt werde.

Es läßt sich gleichwohl auch bei Freiheitsstrafen das Unrecht einer solchen Verurtheilung nicht leicht wieder gut machen.

Der erste und zweite kleine Diebstahl kann mit einer ganz unbedeutenden Gefängnißstrafe gesühnt werden. — Aber wenn der dritte Diebstahl hinzukommt, erfolgt schon eine zweijährige Zuchthausstrafe, selbst wenn der Werth des Gestohlenen im ganzen nur 6 kr. beträgt. —

Und wer ersetzt den Werth des unbescholtenen Rufes, der mit dem ersten Straferkenntniß, welches ein peinliches Verbrechen zum Gegenstande hat, ein für allemal verloren geht?

Diese Gründe bestimmen mich, ein Gesetz, welches dafür sorgt, daß der Richter seiner Sache stets gewiß sey, für eine willkommene, dagegen das Bestreben der Gerichtshöfe, sich von den Fesseln eines die Verurtheilung auf künstlichem Beweis beschränkenden Gesetzes loszumachen, für eine beklagenswerthe Erscheinung anzusehen.

Der deutsche Richter darf nicht in der Eigenschaft eines Geschworenen richten. Bei den Eigenthümlichkeiten seines Systems, insbesondere bei dem Mangel alles unmittelbaren Verkehrs mit dem Angeklagten und den Zeugen ist er dieser Rolle durchaus nicht gewachsen.

v. Kettennaker.

---

†) Nach einer Abhandlung über diesen Gegenstand in den Annalen (Nr. 31. J. 1837 S. 181) gibt es eine Partei, welche die Verurtheilung auf künstlichen Beweis zuläßt, sobald das Gegentheil nicht wahrscheinlich ist. Wenn daher in Betreff des verbrecherischen Zusammenhanges einer bestimmten Person criminalrechtliche Wahrscheinlichkeit hergestellt ist, dürfte, weil in diesem Falle das Gegentheil nicht wahrscheinlich ist, statt der Klagfreierklärung die Verurtheilung erfolgen! — Man sieht hieraus, was man von dem künstlichen Beweis zu erwarten hat, wenn schon in den Prinzipien, durch welche sich die Ueberzeugung bestimmen läßt, eine solche Unsicherheit herrscht!

††) Duttlinger a. a. O. I. Band 3tes Heft S. 553 Note 3.

Digitized by Google

II.

Gibt der in §. 1030 der Proceßordnung dem Ortsvorstande zur Pflicht gemachte Eintrag eines Vollstreckungsbefehls auf Liegenschaften dem Gläubiger Pfandrecht?

(Zu dem ersten Aufsatze in Nr. 11 der Annalen vom Jahr 1842. pag. 73—76.)

In §. 1034 des Entwurfs der Proceßordnung war zwar die Bestimmung enthalten, die Forderung, für welche Zwangsversteigerung unbeweglicher Güter erwirkt wurde, erlange von der Zeit der Eintragung der Vollstreckungs-Verfügung an — Pfandrecht;

(es würde wohl richtiger lauten:

Dem Gläubiger werde durch diese Eintragung das, gemäß des Urtheils ihm zustehende, richterliche Unterpfandsrecht gewahrt. s. auch v. Weiler über das Vollstreckungsverfahren Archiv II. p. 134 sub Nr. 7.)

— allein auf den Vorschlag der Commission der 2. Kammer wurde bei der Berathung jener Paragraph so gefaßt, wie er als §. 1030. der Proceßordnung jetzt lautet, ohne daß für die Weglassung des Absatzes 2. des von der Regierung entworfenen §. 1034 — im Comissionsbericht ein Grund angegeben ward.

s. Redactions-Note zu Aufsatz II. in Nr. 39. der Annalen von 1841. p. 276.

Daraus, daß Absatz 2. des §. 1034 im Regierungsentwurfe nach der jetzigen Fassung des Absatzes in §. 1030 Prozeßordnung umgeändert wurde, folgt offenbar nicht eine stillschweigende Annahme jenes Entwurfs, der hiernach eben — ein nicht angenommener Vorschlag blieb.

Da nun auch im Civilrechte dem Eintrag der Verfügung des Zugriffs auf Liegenschaften, der vom Vollstreckungsbeamten zufolge gesetzlicher Vorschrift geschehen muß, nirgends die Wirkung der Erschaffung oder Bewahrung eines Pfandrechts beigeschrieben ist, so folgt daraus, daß eine derartige Eintragung eben auch kein Pfandrecht für den Gläubiger begründe und nur insofern — nicht aber im Sinne des oben citirten Aufsatzes — könnte man sagen, daß obige Frage im Civilrecht hinlänglich entschieden sei.

Es entsteht zwar durch das dem Vollstreckungsbefehl nothwendig vorausgegangene richterliche Urtheil ein richterliches Pfandrecht

Landrechtssatz 2123

und dieses wirkt auch uneingetragen einigermaßen;

Landrechtssatz 2218. 4

allein erst durch Eintragung wird es in seiner vollen Wirksamkeit gewahrt — jedoch nur, wenn der Eintrag auf Ansuchen des Gläubigers oder seines Stellvertreters geschah.

Landrechtssatz 2134. 2148.

§. 23 der Pfandschreiberei-Instruction vom 6. September 1822.

Will man nun auch unter Berufung auf

Landrechtssatz 6 k

annehmen, daß der Gläubiger durch Eintrag eines Vollstreckungsbefehls — statt des diesem nothwendig vorausgegangenen Urtheils — das durch das Urtheil erwirkte richterliche Unterpfandsrecht wahren kann, inwiefern der Vollstreckungsbefehl die in

Landrechtssatz 2148. 2153

aufgestellte Erfordernisse enthält,

Bekk, dingliche Rechte §. 63 p. 150 Note *).

so kann man dies einmal nicht auf die Liegenschaftsversteigerungsverfügungen beschränken, muß es vielmehr auch auf die Vollstreckungsbefehle anderer Art ausdehnen; dann aber muß man jedenfalls voraussetzen, daß der Eintrag vorschriftsmäßig auf Betreiben des Gläubigers oder seines Stellvertreters geschieht.

Die Lösung der Frage, auf welcher civilrechtlichen Grundlage die jetzige Fassung des §. 1030. Absatz 2 der Proceßordnung beruhe, kann wohl nicht „durch Statuirung eines bewahrten Pfandrechts" geschehen, die nur in einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung gefunden werden könnte (welche Bestimmung aber nach Beseitigung des §. 1034. Absatz 2 des Regierungsentwurfs mangelt), vielmehr ist die Lösung jener Frage wohl einzig und allein in

Landrechtssatz 2204 a

zu suchen.

Um die auf eine Liegenschaft erkannte Vollstreckung vollziehen zu können, ist es nöthig, diese in Beschlag zu nehmen, dem Verkehr zu entziehen.

Zur Sicherung des Gläubigers,
„ Belehrung „ Pfandgerichts
„ Hemmung „ Schuldners
und „ Warnung Dritter — muß dieser Be-

Digitized by Google

schlag offenkundig gemacht werden und dies geschieht (wie §. 1030 Proceßordnung in seiner jetzigen Fassung ausdrücklich erwähnt) durch den Eintrag der Vollstreckungsverfügung in das Pfandbuch.

Aehnliche Maasregeln finden wir in

§. 685. Nr. 2.
„ 257. „ 6 b
} der Proceßordnung

und Landrechtssatz 1961. 2.

Daraus folgt natürlich, daß die, welche erst nach Anlegung des Beschlags zu Gunsten des betreibenden Gläubigers — Rechte erwerben oder durch Eintrag wahren, ihm (im Vollstreckungsverfahren) nachstehen müssen, da der Vollstreckungsgegenstand zu seinen Gunsten nach gesetzlicher Vorschrift dem Verkehr entnommen ist.

Nachdem nun aber in

§. 1030 der Proceßordnung

als Zweck des vom Ortsvorgesetzten zu bewirkenden Eintrags ausdrücklich der bezeichnet ist, die eben berührte gesetzliche Begünstigung des betreibenden Gläubigers offenkundig zu machen, so kann man (weil der Vorschlag, diesem Eintrag die Wirkung der Pfandrechtswahrung zu geben, gegen jene Bestimmung fallen gelassen wurde) hieraus die Wirkung nicht ableiten, daß dem betreibenden Gläubiger, welcher ein Urtheil, also ein richterliches Pfandrecht für sich, — und die Machthat, es durch Eintrag vollkommen wahren zu lassen, der von Amtswegen geschehende Eintrag des Vollstreckungsbefehls deßhalb das Pfandrecht wahre, weil durch seine Bitte um Vollstreckung mittelbar auch der Eintrag veranlaßt werde und das Wesentliche zur Pfandsrechtswahrung enthalte.

Dies

a) hieße dem Gläubiger — oft gegen seinen Willen — die Wohlthaten des Gesetzes aufdrängen, denn der die Vollstreckung Betreibende bezweckt Befriedigung, nicht Sicherung seiner Ansprüche. Zu letzterer genügte der Eintrag des Urtheils, der ihm schon vor Eintritt der Rechtskraft desselben gestattet war.

Erwirkt er aber mit Unterlassung dieser Sicherung die Vollstreckung, so ist ihm eine damit verbundene Sicherung seines richterlichen Pfandrechts nutzlos, denn spätere Pfandgläubiger können ihm nach der Bestimmung des

§. 1030 der Proceßordnung

nicht schaden und früher eingetragenen würde er doch nicht vorgehen;

b) wäre auch der ausdrücklichen Vorschrift des Landrechtssatzes 2148 entgegen, nach welchem alle Gesuche um Eintragung eines Pfandrechts bei der Pfandschreiberei vorzubringen sind, selbst in dem Ausnahmsfalle des Landrechtssatzes 2108, in welchem — zur Begünstigung des Verkäufers — der Käufer als dessen Stellvertreter (Geschäftsführer) ausdrücklich bezeichnet ist.

Diesen Mangel möchte ich aber nach dem eben Gesagten nicht für einen außerwesentlichen halten, da die Pfandschreiber gesetzmäßig die alleinige Behörde zur Vormerkung von Pfandrechten und die Meldung bei ihr hierzu nothwendig ist.

Zwar ist es allerdings richtig, daß der Gläubiger mit einem Urtheile auch das dadurch erzeugte richterliche Unterpfands-Recht erwirkt, ohne daß es hierzu einer besonderen Bitte bedürfte, allein dies ist im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen:

Landrechtssatz 2123,

während sich nirgends ein Gesetz des Inhalts findet, daß der durch das Begehren des Zugriffs auf Liegenschaften mittelbar veranlaßte Eintrag der Vollstreckungsverfügung Pfandrecht erzeuge oder wahre.

Das Pfandrecht ist schon durch das vorausgegangene Urtheil erzeugt, allein durch diese noch ebensowenig als durch den amtlichen Eintrag des Vollstreckungsbefehls gewahrt. Zur Wahrung des richterlichen Unterpfandsrechts bedarf es des Eintrags und hierzu nach

Landrechtssatz 2148

einer besonderen ausdrücklichen Bitte.

Richtig ist es zwar, daß der Gläubiger dadurch, daß die auf eine Liegenschaft erkannte Vollstreckung durch den Eintrag der Verfügung offenkundig wird, für die Dauer des Vollstreckungsverfahrens dieselbe Sicherung gewinnt, wie wenn ihm durch den Eintrag sein richterliches Unterpfandsrecht gewahrt worden wäre, daß also für die Dauer des Vollstreckungsverfahrens derselbe Zweck erreicht wird, den die Eintragung eines Pfandrechts hat.

Nun ist aber jede Vollstreckungsverfügung erloschen, wenn der Gläubiger in einem Jahr von ihrer Erlassung

Digitized by Google

an die Vollstreckung nicht vornehmen läßt oder die angefangene Vollstreckung nicht fortbetreibt.

§. 956 der Proceßordnung.

In jedem dieser zwei Fälle erlischt mit der Verfügung nothwendig auch die Kraft ihres nach

§. 1030 der Proceßordnung

geschehenen Eintrags.

Würde dieser aber das, schon durch das Urtheil erworbene, richterliche Unterpfandsrecht wahren, so ergäbe sich die rechtlich unmögliche Sonderbarkeit, daß die eingetragene Verfügung in den Fällen des

§. 956 der Prdceßordnung

erlischt, aber der Eintrag derselben mit rechtlicher Wirksamkeit fortbesteht, bis einer der in

Landrechtssatz 2157

aufgezählten Erlöschungsgründe des Pfandrechts eintritt.

Ferner beschränkt sich die Wirksamkeit des Eintrags eines Vollstreckungsbefehls auf die zur Versteigerung bestimmte Liegenschaft

§. 1030 der Proceßordnung;

würde aber der Eintrag Pfandrecht wahren, so wäre auch diese Beschränkung wiederum rechtlich unmöglich.

Das gewahrte Pfandrecht wäre nämlich, wie im Eingang des oben citirten Aufsatzes auch angenommen ist, das richterliche.

Dieses ist nun allgemeiner Natur, es ergreift sämmtliche Liegenschaften des Schuldners in demjenigen Pfandgerichtsbezirke, in welchem es durch Eintrag gewahrt wird.

Landrechtssatz 2148 am Ende.

Würde daher der in §. 1030 der Proceßordnung gebotene Eintrag das richterliche Pfandrecht wahren, so geschähe dies auf sämmtliche Liegenschaften des Schuldners in derselben Gemarkung, während doch §. 1030 der Proceßordnung die Wirkung des Eintrags ausdrücklich auf das zu versteigernde Gut beschränkt.

Wenn Landrechtssatz 2108 vorschreibt, der auf Antrag des Käufers bewirkte Eintrag wahre auch des Verkäufers Vorzugsrecht, so ist dies eine (ausdrücklich ausgesprochene) Rechtssonderbarkeit, also überhaupt nicht auf andere Fälle auszudehnen, am wenigsten aber zum Zweck der Nachweisung, daß eine solche Stellvertretung vom Gesetze auch da unterstellt sei, wo dieses sie nicht ausdrücklich zuläßt.

(s. Bekk, dingliche Rechte §. 70. pag. 167. 168.)

Daraus, daß in §. 1030 der Proceßordnung der Eintrag in das Pfandbuch geboten ist, folgt nicht, daß durch den Eintrag ein Pfandrecht gewahrt werde, sondern nur die Absicht, die bezweckte Offenkundigkeit solle gegenüber späteren Vorzugs- und Pfandgläubigern stattfinden.

Zum Eintrag in das Grundbuch eignen sich nur sächliche Rechte;

Bekk, l. cit. §. 21.

Der die Vollstreckung betreibende Gläubiger erwirbt aber durch den Vollstreckungsbefehl noch gar kein Recht an der zur Versteigerung bestimmten Liegenschaft selbst: daher liegt auch kein Grund vor, den Befehl in das Grundbuch einzutragen.

Bekk, l. cit. §. 24.

§. 25 des II. Einführungsedikts.

Würde der offizielle Eintrag der die Liegenschaftsversteigerung anordnenden Vollstreckungsverfügung dem betreibenden Gläubiger Pfandrecht gewähren, so ließen sich auch die Bestimmungen der

§§. 1072. 2; 1076 der Proceßordnung

damit nicht vereinigen.

Nach Landrechtssatz 2093. 2094 hat nämlich der Unterpfandsgläubiger das Recht, vor andern Gläubigern Befriedigung aus dem Unterpfande zu begehren; §. 1072. Absatz 2 der Proceßordnung räumt aber dritten Gläubigern (ohne zu verlangen, daß sie auch Unterpfandsrechte haben) unbedingt das Recht ein, mit dem betreibenden Gläubiger eigene Befriedigung dann anzusprechen, wenn zur Befriedigung ihrer Ansprüche keine andere freie angreifbare Vermögenstheile vorhanden sind.

Nach §. 830 der Proceßordnung ist der Eintrag eines Unterpfandsrechts, sobald jener vor den letzten 10 Tagen geschieht, welche der Ganteröffnung vorausgehen, gültig und wirksam.

Würde nun der offizielle Eintrag eines Liegenschaftsversteigerungsbefehls Pfandrecht wahren, so müßte diese seine Wirkung, wenn er rechtzeitig, d. h. vor den letzten, der Ganteröffnung vorausgehenden 10 Tagen geschehen wäre, so lange fortdauern, bis einer der in

Landrechtssatz 2157

beſchriebenen Erlöſchungsgründe des Pfandeintrags einträte.

Nun iſt aber in §. 1076 der Proceßordnung geradezu ausgeſprochen, wenn vor Beendigung des Vollſtreckungsverfahrens Gant gegen den Schuldner erkannt werde, ſo werden die Ergebniſſe der Vollſtreckung zur Gantmaſſe gezogen, ohne daß der betreibende Gläubiger durch die Vollſtreckung ein Recht auf vorzügliche Befriedigung erlange.

Dieſe allgemeine Beſtimmung des §. 1076 der Proceßordnung ließe ſich nicht erklären, wenn der offizielle Eintrag der Verſteigerungsverfügung Pfandrecht wahrende Kraft hätte. Denn das (rechtzeitig gewahrte §. 830 der Proceßordnung) Pfandrecht würde auch nach dem Gantausbruche fortbeſtehen, durch den Eintrag der Vollſtreckungsverfügung würde der betreibende Gläubiger allerdings auch ein Recht auf vorzügliche Befriedigung aus dem Ergebniß der Vollſtreckung in der Gant erlangen, und jedenfalls in der Regel dem nach ihm eingetragenen Pfandgläubiger vorgehen.

Durch den Zugriffsbefehl und deſſen Eintrag wird die Liegenſchaft nur zum Beſten des betreibenden Gläubigers außer Verkehr geſetzt,

Landrechtsſatz 2204 a.

§ 1030. 1038 der Proreßordnung.

confr. Landrechtsſatz 6 o.

andere Gläubiger können daher auch noch, nach dem offiziellen Eintrag der Verſteigerungsverfügung, Unterpfandsrechte eintragen laſſen.

§. 1030 der Proceßordnung.

Geſchah nun dies im einzelnen Falle, ſo würden ſie, wenn der offizielle Eintrag Pfandrecht wahrte, dieſem als dem älteren in der Regel nachſtehen.

Landrechtsſatz 2134.

Die Einſtellung des Vollſtreckungsverfahrens (in Folge unterlaſſener oder verſäumter Betreibung §. 956 der Proceßordnung) hat aber, wie deſſen Einſtellung durch Gantausbruch, zur Folge, daß die am Ende des oben bezeichneten Aufſatzes unterſtellte „Suspenſivbedingung" eintritt, alſo der ſpätere Unterpfandsgläubiger dem betreibenden Gläubiger trotz des früheren Eintrags, der von dieſem erwirkten Vollſtreckungsverfügung vorgeht, was rechtlich unmöglich wäre, wenn der offizielle Eintrag des Zugriffbefehls Pfandrecht wahrte.

Hiernach (um den Inhalt dieſer Ausführung kurz zuſammenzufaſſen) iſt einem derartigem Eintrag durch keine geſetzliche Beſtimmung die Kraft, Pfandrecht zu wahren, beigelegt,

die Verleihung ſolcher Kraft wäre für die Zwecke des Vollſtreckungsverfahrens überflüſſig,

ſie kann jedenfalls nicht vermuthet werden,

und dies um ſo weniger, als verſchiedene geſetzliche Beſtimmungen mit einer ſolchen Vermuthung geradezu collidiren.

Stempf.

III.

Erwiederung auf den Aufſatz in Nr. 2 der Annalen dieſes Jahres „die Verhältniſſe der obergerichtlichen Praxis" betreffend.

Hochgeehrte Herrn Collegen!

Auf ihre verehrliche Zuſchrift vom 23. v. M. haben wir zu erwiedern:

Wenn wir auch zugeben, daß Sie in Ihrem vollen Rechte ſind, wenn Sie Ihre Unabhängigkeit zu wahren, und alle die Gebühren, welche Ihnen nach dem Buchſtaben des Geſetzes gebühren mögen, ſich zuzuwenden ſuchen, ſo müſſen wir doch bezweifeln, daß mindeſtens unſere bisherige Stellung Ihnen gegenüber Veranlaßung gegeben habe, die beſtehenden theils ausdrücklich, theils ſtillſchweigend geſchloſſenen Vereinbarungen plötzlich, und in auffallender Weiſe abzubrechen. Denn es iſt eine leicht erweisliche Thatſache, daß diejenigen Beſtimmungen, nach welchen wir Raſtatter Advokaten faſt alle bisher unſere Geſchäftsverbindung mit Ihnen führten, insbeſondere die Theilung der arrha und Vollmacht, der Koſteneinzug ꝛc. nicht auf unſern, ſondern auf den Vorſchlag der Mannheimer Advokaten feſtgeſetzt wurden.

Den hauptſächlichſten Grund, welcher Sie beſtimmt hat, einſeitig die bisherigen Verhältniſſe zu ändern, können wir im Allgemeinen nicht als richtig anerkennen. Das Intereſſe der Parthien, und dies ſoll doch von jedem gewiſſenhaften Anwalt vor dem eigenen Geldvortheil berückſichtigt werden, fordert keineswegs, daß die Wahl des Anwalts auf eine gewiſſe Anzahl von Procuratoren beſchränkt ſei; vielmehr muß es den Rechtſuchenden erwünſcht ſein,

Digitized by Google

wenn solche, ohnehin nicht mehr gut zur Oeffentlichkeit des Verfahrens passende Beschränkungen auf die durch die Geschäftsordnung der Gerichtshöfe gebotenen Förmlichkeiten zurückgeführt werden.

Wir glauben, die Parthie soll ihren Vertreter unter allen Anwälten des Landes frey wählen, und der Anwalt, dem die Parthie ihr Vertrauen geschenkt hat, soll ungehindert in allen Instanzen auftreten können.

Er soll dem Procurator, dessen er nur der Form wegen bedarf, von den Gebühren nicht mehr abgeben, als dieser für die bloße Unterschrift, oder Assistenz wirklich verdient. Von diesem Grundsatze, und von der Ueberzeugung geleitet, daß das Einkommen des Anwalts nicht durch Zunftzwang, sondern durch seine eigene Thätigkeit und Tüchtigkeit gesichert sein solle, haben wir früher schon es für ungeeignet gehalten, die Schriftverfasser von der obergerichtlichen Praxis ausschließen zu wollen, und diese Meinung ist es auch jetzt noch, welche uns abhält Ihrem Beispiele gegen die Schriftverfasser zu folgen.

Wenn wir aber auch hierin mit Ihnen nicht einverstanden sind, so erkennen wir um so mehr die Nothwendigkeit an, daß die Anwälte des Landes unter sich einig, und collegialisch seien. Diesem Zwecke opfern wir gerne einen kleinen Geldvortheil, und erklären Ihnen daher, daß wir auf die halbe arrha und Vollmacht förmlich verzichten. Wäre dies allein Gegenstand Ihrer Vereinigung gewesen, so würden wir darüber kein Wort verloren, sondern lediglich Ihren Wünschen, in sofern sie auf Erhöhung Ihres Einkommens gerichtet sind, nachgegeben haben. Allein es handelt sich noch um etwas Wichtigeres, nämlich das unbestreitbare Recht der Parthien, von dem wir oben gesprochen haben, ihre Anwälte auch außer der Zahl der Procuratoren eines Gerichtshofs zu wählen, was vielleicht nach Vollendung der Eisenbahnen häufiger als bisher vorkommen, aber immer nur eine Ausnahme bleiben wird. In dieser Beziehung können wir weder den Rechtsuchenden, noch uns etwas vergeben. Wie bisher müssen die Parthien im Stande sein, entweder uns die Wahl eines Anwalts beim Oberhofgericht zu überlassen, und uns mit der Instruction, Correspondenz ꝛc. zu bevollmächtigen, oder uns selbst mit der Vertretung sowohl in Bezug auf Fertigung von Schriftsätzen als Haltung der mündlichen Vorträge zu beauftragen.

In beiden Fällen werden Sie sich nicht entziehen können, die Pflichten eines Bevollmächtigten und Procurators in der Weise zu erfüllen, daß damit dem Willen des Gewaltgebers entsprochen wird.

Haben wir unsererseits Ihren Ansprüchen vollständig nachgegeben, so glauben wir auch von Ihnen die gleiche Bereitwilligkeit erwarten zu dürfen, wenn wir verlangen, daß

1) in allen Sachen, welche durch unsere Vermittlung an die Procuratoren des Oberhofgerichts gelangen, uns, wenn es die Parthien verlangen, Nachricht von dem Gange des Rechtsstreits gegeben werde, also namentlich in den Fällen, wo wir selbst zu plaidiren beauftragt sind;

2) daß wir, wenn wir aus Auftrag der Parthien beim Oberhofgerichte als Anwälte auftreten, über unsere Gebühren gesonderte Kostenverzeichnisse aufstellen, und solche selbst einziehen.

Dies sind die Bestimmungen, welche wir für nothwendig erachten, um unsere und der Parthien Rechte, welche durch Ihre Vereinigung bedroht sind, zu wahren. Ueberzeugt, daß wir nur Gerechtes und Billiges fordern, sind wir gesonnen, unsere Forderung nicht allein von Ihrer Einwilligung oder Versagung abhängig zu machen, sondern wir werden Mittel finden, dieses unser Verlangen durchzusetzen. Doch hoffen wir, es werde ein längerer Widerstreit zwischen Ihnen und uns nicht bestehen, wie wir denn sogleich bei der ersten Nachricht von Ihrem Vorhaben uns darüber namentlich wunderten, daß Sie statt des einfachen Weges der Verständigung einen solchen wählten, welcher die Meinung erzeugte, es herrsche zwischen den Anwälten der verschiedenen Gerichtshöfe Zwietracht und Feindseligkeit.

Wir ersuchen Sie, uns bald möglichst mitzutheilen, ob Sie auf unsere Anträge eingehen wollen, oder nicht. Wir bitten Sie um so mehr um Beschleunigung, als der ohnehin schon zu lange dauernde Zustand der Ungewißheit beiden Theilen unangenehm sein muß.

Rastatt, den 31. Januar 1843.

Der Vorstand des Advokatenvereins.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 9. Karlsruhe den 4. März 1843.

I.

Ueber das Schupflehengesetz vom 15. November 1833.

Wenn bloß erwiesen ist, daß heimgefallene Schupf- (Leih- oder Fall-) Lehen gleicher Art bei derselben Lehenherrschaft in mehreren Fällen, die sich zu verschiedenen Zeiten innerhalb einer Periode von wenigstens zehn Jahren ereignet haben, stets an die Wittwen oder an Abkömmlinge des letzten Besitzers wieder verliehen woeden sind, ist da der Lehenherr verpflichtet, solche Schupflehen bei künftigen Heimfällen nicht nur einem Abkömmlinge des letzten Besitzers nach seiner Auswahl, oder, wenn keine Abkömmlinge voehanden sind, der Wittwe, sondern auch, wenn keine Wittwe vorhanden ist, einem der Geschwister des letzten Besitzers ebenfalls nach seiner Auswahl wieder zu verleihen? —

Diese Frage wurde in Sachen des Pfarrmeßmers Anton Rösch zu Illmensee Klägers Appellanten gegen das Spital Pfullendorf Beklagten Appellaten, Belehnung mit einem Schupflehen betreffend, vom Großherzoglichen Hofgericht des Seekreises bejahet, nnd aus nachstehenden Geünden den 10. Novembee 1840 erkannt:

Das Urtheil des Bezirksamtes Pfullendoef vom 24. Mai d. J., Nr. 2228, besagend:

„Der Klägee sei mit dem Begehren der Klage zu eekennen: „es sei der Beklagte verpflichtet, dem Kläger nach dem in Uebung befindlichen Herkommen die Belehnung odee vielmehr in Wiederbelehnung mit dem in der Klage bezeichneten Schupflehengute zu Illmensee, als dem Abkömmling und dem Seitenverwandten *) dee letzten Lehenbesitzer bei Vermeidung der Hülfs-Vollstreckung in kurzer Frist zu ertheilen, und es habe der Beklagte alle Kosten dieses Rechtsstreites zu tragen, unter Verfällung in die Kosten dieses Rechtsstreites abzuweisen",

sei dahin abzuändern:

„Der Beklagte sei veebunden, das zuletzt von Xavee Rösl, und dessen Wittwe Theeesia Rösch besessene Schupflehengut, bestehend in einem Wohnhaus mit Scheuer, Stallung, Fahrnissen und Gärtchen unterhalb dem Wirthshaus des Anton Thum zu Illmensee nebst zugehörigem Feld nach dem Schupflehengesetze vom 15. November 1833 binnen vier Wochen wieder schupflehenweise zu verleihen und die Kosten dieses Rechtsstreites zu tragen."

Die Entscheidungsgründe lauten, insofern sie gedachte Frage berühren, wie folgt:

Der §. 1 unseres Schupflehengesetzes vom 15. November 1833 (Regieeyngsblatt von 1833, Ne. 48) veroednet: „Wo heimgefallene Schupflehen gleicher Art in derselben Gegend oder bei deeselben Lehenherrschaft in mehreren Fällen, die sich zu verschiedenen Zeiten innerhalb einer Periode von wenigstens zehn Jaheen ereignet haben, stets an die Wittwe oder an die Abkömmlinge oder andeee Verwandte des letzten Besitzers wiedee verliehen woeden sind, da ist der Lehenherr verpflichtet, solche Schupflehen bei künftigen Heimfällen einem der Abkömmlinge des letzten Besitzees nach seinee Auswahl, oder wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, dee Wittwe, oder wenn auch keine Wittwe vorhanden ist, einem dee Geschwister

*) Hier liegt ein Fehler im Ausdruck, da es nicht möglich ist, daß der Kläger ein Abkömmling und ein Seitenverwandtee des letzten Besitzers zugleich sey, und da in Bezug auf einen bestimmten Eröffnungs- oder Wiederverleihungsfall auch nur ein Besitzer der letzte seyn konnte, der Kläger also nicht als Abkömmling beziehungsweise Seitenverwandter mehreeer letzten Besitzer erscheinen kann. D. Red.

des letzten Besitzers ebenfalls nach seiner Auswahl wieder zu verleihen, so fern er nicht den Gegenbeweis führt, daß diese Uebung schon vor dem 1. December 1802 nicht die Regel gebildet habe."

Dieses Gesetz gebietet also die Wiederverleihung der Schupflehen an gewisse Familienangehörige des letztern Besitzers zwar als Folge einer früheren Uebung, aber nicht nach Maaßgabe dieser frühern Uebung, sonst hätte es die im zweiten Theil festgesetzte Ordnung für den Eintritt der Berechtigten auch genau von der frühern Uebung anhängig machen müssen, und nicht dafür eine neue feste Vorschrift aufstellen können, wo noch z. B. die Wittwe jetzt immer nach den Abkömmlingen, aber vor den Geschwistern zu belehnen ist, wenn auch die frühere Uebung ihr die erste oder letzte Stelle angewiesen hätte.

Dieses entspricht auch ganz dem Grunde dieses Gesetzes, welches den Schupflehen, die nach ihrer Natur nur Bestandverträge auf Lebenszeit des Schupflehenmannes sind (Landrechtsatz 1831 aa), mit Rücksicht auf den Umstand, daß eine herkömmliche Uebung den Besitzer veranlaßte, das Gut als ein in der Familie bleibendes zu betrachten, und hiernach seine Verwendungen zu machen, unter gewissen Verhältnissen eine billige Erweiterung auf bestimmte Familienglieder geben will.

Das Merkmal der steten Wiederverleihung an Familienglieder überhaupt tritt aber schon ein, wenn diese auch nur in Bezug auf eine Klasse derselben nachgewiesen werden kann (z. B. nur an die Wittwe), so lange hinsichtlich der andern Klassen der Beweis einer entgegenstehenden Uebung nicht beizubringen ist, z. B. daß zwar stets die Abkömmlinge, aber in deren Ermangelung nie die vorhandene Wittwe oder Seitenverwandten berücksichtiget wurden. Damit stimmen dann auch die Worte des Gesetzes überein. Es fordert für die entscheidende Uebung nur alternativ die Nachweisung, daß die Wiederbelehnung stets stattgehabt, entweder an die Wittwe oder an die Abkömmlinge, oder an andere Verwandte des letzten Besitzers.

Dieses Oder drückt aber aus, daß jeder dieser Verleihungsfälle genügen solle, um die Herkömmlichkeit der weitern Verleihung in die Familie darzuthun; — wäre dieß nicht des Gesetzes Absicht gewesen, so hätte das Bindewort und, oder doch das Wort „beziehungsweise", oder aber der Zusatz nach oder „in deren Ermanglung" gebraucht werden müssen. Nach dem gedachten Grunde des Gesetzes hat man aber keinen Anlaß, von dem klaren Wortsinne abzuweichen, und diesen zu beschränken. Diese Auslegung wird noch bestärkt durch den § 2 jenes Gesetzes, in welchem zur Begründung derselben Verbindlichkeit dieselbe alternative Wortfassung gebraucht wird, in Bezug auf die drei letzten Heimfälle einzelner Schupflehen, wonach es hier also genügt, wenn in dem einen Fall die Wittwe, in dem zweiten ein Abkömmling, und in dem dritten ein Seitenverwandter wieder belehnt wurden. X.

Anmerkung der Redaktion.

Vorerst will ich Einiges aus den ständischen Verhandlungen, über das Schupflehengesetz, soweit es die obige Frage berührt, hier zusammenstellen.

Der §. 1 des Gesetzentwurfs der Regierung lautete:

„Wo heimgefallene Schupf- (Leib- oder Fall-) Lehen in derselben Gegend oder bei derselben Lehenherrschaft in mehreren Fällen, die sich zu verschiedenen Zeiten innerhalb einer Periode von wenigstens zehn Jahren ereignet haben, stets an die Wittwe, oder an Abkömmlinge, oder an andere Verwandte des letzten Besitzers unter gleichen Bedingungen oder nach einer gleichförmigen Regel wieder verliehen worden sind, da ist diese Uebung zu Gunsten der Kinder, beziehungsweise der Wittwe und der Geschwister des jeweiligen letzten Besitzers auch künftig maßgebend."

Hiernach war die Frage, um die es sich jetzt handelt, klar entschieden. Es sollte eine gleichförmige Uebung nachgewiesen werden, und diese sodann als Norm dienen. Nur soweit die Uebung ging, sollten die Angehörigen des letzten Besitzers auch künftig zur Lehenfolge berechtigt seyn, jedoch mit der Beschränkung, daß diese Berichtigung nur den Kindern, der Wittwe und den Geschwistern zu Statten käme, wenn gleich nach der Uebung die Wiederverleihung früher auch an entferntere Verwandte geschah. Im Uebrigen sollten auch die Kinder, Wittwen und Geschwister nur in so weit berechtigt sein, als hinsichtlich jeder Einzelnen dieser drei Klassen die frühere Uebung nachgewiesen werden könnte.

In der zweiten Kammer, welcher der Entwurf zuerst vorgelegt wurde, fanden diese Bestimmungen viel Widerspruch.

Digitized by Google

Die Kammer hielt es für bedenklich, daß die Lehenleute eine, wenn auch nur zehnjährige, ununterbrochene und gleichförmige Uebung beweisen sollten. Man nahm an, historisch spreche für die fragliche Uebung der Wiederverleihung wenigstens zu Gunsten der Abkömmlinge und der Wittwe die Vermuthung. Das Erforderniß der Ununterbrochenheit und der Gleichförmigkeit (in Bezug auf die Bedingungen der jeweiligen Verleihung) wurde beseitigt, und im Uebrigen zwischen den Rechten der Abkömmlinge und der Wittwe einerseits, und jenen der übrigen Verwandten andererseits unterschieden. Zu Gunsten der Wittwe und der Abkömmlinge wurde die Vermuthung aufgestellt, daß die Wiederverleihungspflicht kraft der frühern Uebung bestehe, vorbehaltlich des Gegenbeweises von Seiten der Lehenherrschaft, wogegen den andern Verwandten das Recht auf Wiederbelehnung nur unter der Voraussetzung zuerkannt wurde, daß sie eine zu ihren Gunsten bestandene Uebung beweisen.

Aus den Berathungen der zweiten Kammer ging daher folgende Fassung hervor:

„§. 1. Wenn der Besitzer eines Schupf- (Leib- oder Fall-) Lehens Abkömmlinge oder eine Wittwe hinterläßt, so ist der Lehenherr verpflichtet, einem Abkömmlinge, oder wenn keine solche vorhanden sind, der Wittwe das heimgefallene Schupf- (Leib- oder Fall-) Lehen wieder zu verleihen."

„§. 2. Diese Verpflichtung tritt nicht ein, wenn der Lehensherr nachweist, daß in der Periode vom 1. December 1792 bis 1. December 1802 die Mehrzahl der heimgefallenen Schupflehen in derselben Gegend oder derselben Lehenherrschaft an Fremde, mit Beseitigung vorhandener Abkömmlinge oder Wittwen des letzten Besitzers, verliehen oder ganz eingezogen wurde."

„Ebenso fällt eine Verpflichtung bei denjenigen Schupflehen weg, von welchen nachgewiesen wird, daß sie erst nach dem 1. December 1802 das erstemal schupflehenweise vergeben worden sind."

„§. 3. Die Angehörigen, beziehungsweise Verwandten des letzten Besitzers können ein ausgedehnteres Recht auf Wiederverleihung, als das im §. 1 erwähnte ist, geltend machen, wenn sie nachweisen, daß in einem Zeitraume von wenigstens zwanzig Jahren, vom letzten Heimfalle oder vom 1. December 1802 rückwärts gerechnet, die Wiederverleihung der heimgefallenen Schupflehen derselben Gegend oder derselben Lehenherrschaft, in Ermangelung von Kindern oder Wittwen, regelmäßig an andere Verwandte des letzten Besitzers geschah."

In der ersten Kammer fanden diese Sätze Anstände. Man war zwar dort damit einverstanden, daß die Worte des Regierungsentwurfs: „unter gleichen Bedingungen oder nach einer gleichförmigen Regel" wegen der großen Verschiedenheit der vorkommenden Fälle wegbleiben sollen, aber man verwarf die von der zweiten Kammer aufgestellte Präsumtion, daß die Pflicht der Wiederverleihung an Kinder und Abkömmlinge bis zum Gegenbeweise als durch die Uebung begründet anzunehmen sei.

Die Kommission der ersten Kammer schlug darnach folgende Fassung des §. 1 vor:

„Wo heimgefallene Schupf- (Leib- oder Fall-) Lehen gleicher Art, in derselben Gegend oder bei derselben Lehenherrschaft in mehreren Fällen, die sich zu verschiedenen Zeiten innerhalb einer Periode von wenigstens zehn Jahren ereignet haben, stets an die Wittwe oder an Abkömmlinge oder andere Verwandte des letzten Besitzers wieder verliehen worden sind, da ist der Lehenherr, sofern er nicht den Gegenbeweis führt, daß diese Uebung nicht die Regel gebildet habe, verpflichtet, bei künftigen Heimfällen einem der Abkömmlinge des letzten Besitzers nach seiner Auswahl, oder wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, an die Wittwe oder Geschwister desselben, das heimgefallene Schupf- (Leib- oder Fall-) Lehen wieder zu verleihen. Diese Verpflichtung fällt bei denjenigen Schupflehen weg, von welchen nachgewiesen wird, daß sie entweder erst nach dem 1. December 1802 das erstemal schupflehenweise vergeben worden, oder seit ihrer ersten Begebung noch nicht heimgefallen sind."

In Bezug auf die Wirkung der von den Lehenleuten nachzuweisenden Uebung wurde hier also die Pflicht der Wiederverleihung an Abkömmlinge, Wittwe oder Geschwister des letzten Besitzers aufgenommen, ohne, wie im Regierungs-Entwurfe, zu sagen, daß diese Pflicht nur nach Maßgabe der nachgewiesenen Uebung (also nur soweit diese selbst ging) einzutreten habe.

Inzwischen bemerkte der Kommissions-Bericht in dieser Beziehung bei Prüfung der Frage, ob auch die Geschwister unter die Berechtigten aufgenommen werden sollten, Folgendes:

Digitized by Google

„So viel nun diejenigen Individuen betrifft, welchen die vorliegende Bestimmung zu Statten kommen soll, so glaubte die Großherzogliche Regierung, daß solche auf die Abkömmlinge (Descendenten), Wittwe und Geschwister des letzten Besitzers zu beschränken seien. Die Motive dazu enthält ihre Begründung des Gesetzentwurfs, welchem die Commission glaubt beipflichten zu müssen. Die Commission hat zwar zugleich erwogen, ob nicht auch die Geschwister des letzten Lehenmannes hier auszuschließen seien, weil hinsichtlich derselben ebenfalls keine gleich dringende Aufforderung vorhanden zu sein scheine, ihnen durch das Gesetz eben so zu Hülfe zu kommen, wie es bei den Abkömmlingen und der Wittwe der Fall ist. Allein in weiterer Erwägung, daß eines Theils der Fall nicht häufig vorkommen mag, wenn es sich aber ereignet, daß alsdann die Existenz ganzer Familien durch das frühe kinderlose Ableben desjenigen Sohnes, welcher dem Vater in den Besitz des Schupflehens gefolgt war, gefährdet seyn könnte, wenn das Gut für sie verloren ginge; ferner in der Unterstellung, daß auch der Lehenherr einen solchen Fall berücksichtigt habe, was durch den Beweis einer deßfallsigen Uebung vorerst hergestellt werden soll, nach diesen Erwägungen ist die Commission von ihren Bedenken zurückgekommen und erachtet, daß die Geschwister des letzten Lehenbesitzers von den Bestimmungen des §. 1 des Regierungsentwurfs nicht auszuschließen seyen, sofort dessen Fassung in dieser Hinsicht beizubehalten sey."

Die Ansprüche entfernterer Seitenverwandten, welche von der zweiten Kammer in ihrem §. 3 gleich jenen der Geschwister berücksichtigt waren, lehnte die Commission der ersten Kammer ab, weil für sie keine dringende Gründe vorliegen, wie für die Geschwister, diejenigen Rechte aber, die sie schon nach der allgemeinen Gesetzgebung zu begründen vermögen, ihnen durch den §. 8 des Entwurfs (§. 10 des jetzigen Gesetzes) jedenfalls gewahrt bleiben.

Aus dem Satze des Berichts, wo auf die Aufnahme der Geschwister unter Anderm „in der Unterstellung" angetragen wird,

„daß auch der Lehenherr einen solchen Fall berücksichtiget habe, was durch den Beweis einer diesfallsigen Uebung vorerst hergestellt werden soll," —

geht übrigens hervor, daß die Geschwister die Belehnung nur in sofern sollten fordern können, als in der nachgewiesenen Uebung es auch vorkam, daß Lehen auch auf Geschwister des letzten Besitzers übergingen, oder daß dies doch wenigstens einmal geschah.

In der Discussion der ersten Kammer war übrigens hievon nicht weiter die Rede. Es wurde dort nur die von der Commission vorgeschlagene Fassung des §. 1 (auf den Antrag Seiner Durchlaucht des Fürsten zu Fürstenberg) einigermaßen geändert, nämlich dahin:

„Wo heimgefallene Schupf- (Leib- oder Fall-) Lehen gleicher Art, in derselben Gegend oder bei derselben Lehenherrschaft in mehreren Fällen, die sich zu verschiedenen Zeiten innerhalb einer Periode von wenigstens zehn Jahren ereignet haben, stets an die Wittwe oder an Abkömmlinge oder andere Verwandte des letzten Besitzers wieder verliehen worden sind, da ist der Lehenherr verpflichtet, solche Schupflehen bei künftigen Heimfällen einem der Abkömmlinge des letzten Besitzers nach seiner Auswahl, oder, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, der Wittwe, oder wenn auch keine Wittwe vorhanden ist, einem der Geschwister des letzten Besitzers, ebenfalls nach seiner Auswahl wieder zu verleihen, sofern er nicht den Gegenbeweis führt, daß diese Uebung schon vor dem 1. December 1802 nicht die Regel gebildet habe."

So lautet nun wörtlich der §. 1 des sanktionirten Gesetzes, denn die zweite Kammer trat der von der ersten Kammer beschlossenen Fassung dieses Artikels bei, indem der Regierungscommissär ausführte, daß der praktische Unterschied zwischen dieser Fassung und der von der zweiten Kammer aufgestellten Präsumtion der stattgehabten Uebung der Wiederverleihung nicht von Bedeutung sei *).

*) Der Regierungscommissär sagte nämlich:

„Dieser Artikel (§. 1) weicht in seinen Wirkungen nicht viel von dem Beschluß der zweiten Kammer ab, nach welchem die Präsumtion aufgestellt werden sollte, daß die Wiederverleihung in der Regel zu geschehen habe. Es blieb dem Lehenherrn der Gegenbeweis vorbehalten, daß früher eine solche Wiederverleihung in der Regel nicht geschehen sei. Nach dem vorliegenden, von der ersten Kammer beschlossenen Paragraphen soll nun zuvörderst der Lehenbesitzer Fälle nachweisen, in denen die Wiederverleihung geschehen ist. Die Nachweisung mehrerer solcher Fälle in einem Zeitraum von wenigstens zehn Jahren kann nun dem Lehenbesitzer unmöglich schwer fallen, und sobald er alsdann diesen sicher leichten Vorbeweis geliefert hat, wird es nun Sache des Lehenherrn, den Gegenbeweis

Digitized by Google

Die Frage, ob und was in Bezug auf die Nachfolge der Geſchwiſter von der nachzuweiſenden Uebung beſonders gefordert werde, brachte bei der neuerlichen Discuſſion, welche in der zweiten Kammer über die von der erſten Kammer beſchloſſenen Aenderungen ſtatt hatte, nur der Abgeordnete Duttlinger zur Sprache. Derſelbe bemerkte:

„Das Geſetz fordert, wie wir in der Commiſſion die Erläuterung erhalten haben, nicht, daß, wenn die Wittwe erben will, ſie in zwei oder drei Fällen, oder wenn Geſchwiſter erben wollen, daß ſolche in zwei oder drei Fällen geerbt haben, ſondern wenn ein Sohn in drei Fällen erbte, ſo ſollen jetzt auch die Geſchwiſter erben können."

Es erfolgte hierauf keine Erwiderung.

Aus dem Commiſſionsbericht der erſten Kammer geht nun hervor, daß die dortige Commiſſion unterſtellte, die Wiederverleihung an die Geſchwiſter finde nur inſofern ſtatt, als auch bei der nachgewieſenen Uebung Fälle einer ſolchen Belehnung von Geſchwiſtern vorkamen.

Dagegen erhellt aus der (unerwidert gebliebenen) Erklärung des Abgeordneten Duttlinger in der zweiten Kammer, daß die Commiſſion dieſer Kammer (nach der ihr von der Regierungscommiſſion gegebenen Erläuterung) vorausſetzte, die Nachweiſung der Uebung überhaupt, wenn auch nur Fälle der Verleihung an Kinder oder Wittwen dabei vorkamen, begründe nun auch für die Geſchwiſter das Recht, in Ermangelung von Kindern und Wittwen, die Wiederverleihung für ſich zu fordern.

Hiernach kann aus den Verhandlungen der drei Faktoren der Geſetzgebung eine Erläuterung des Sinnes des §. 1 in Bezug auf die hier ſtrittige Frage nicht entnommen werden, indem die (nur aus dem Einverſtändniß der drei Faktoren über die Bedeutung eines Satzes ſich darſtellende) Abſicht des Geſetzgebers weder für die eine noch für die andere Anſicht in den Verhandlungen ausgedrückt iſt.

Wir ſind daher auf die grammatikaliſche und logiſche Auslegung der Beſtimmungen des Geſetzes ſelbſt beſchränkt.

Von dieſem Standpunkte aus erſcheint mir die Sache aber nicht zweifelhaft, die Richtigkeit der Anſicht, welche der Abgeordnete Duttlinger bei der Berathung in der zweiten Kammer ausgedrückt und welche auch das Hofgericht des Seekreiſes in dem oben erzählten Rechtsfalle angenommen hat, iſt wohl einleuchtend.

Hieße es, wie der §. 1 des Regierungsentwurfs lautete, daß die von einer Periode von zehn Jahren nachgewieſene Uebung nun auch für künftige Fälle maßgebend

---

dahin zu führen, daß die behauptete Uebung nicht die Regel geweſen ſei. Dieſer Zuſatz ſcheint mir alle Bedenken zu heben, die bei der erſten Discuſſion in dieſer Kammer vorgebracht worden ſind. Damals wurde von einigen Rednern, insbeſondere von dem Abgeordneten Rettig, bemerkt, daß es ja auch einzelne Fälle geben könne, wo die Schupflehenleute die Wiederverleihung für ihre Familienangehörigen aus was immer für Gründen gar nicht verlangt haben, und daß, wenn auch da oder dort durch irgend eine Gewalt oder Anmaßung eine Familie verdrängt worden wäre, deßwegen nicht die Uebung ſchon ihre Kraft verlieren ſollte. Nach dem Regierungsentwurf hätte man annehmen können, ein ſolcher einzelner Fall wäre ſchon hinreichend, die Wirkungen der Uebung aufzuheben, alſo das Geſetz unanwendbar zu machen. Um nun dieſes Bedenken zu heben, wurde in der andern Kammer der Zuſatz gemacht, daß die Nachweiſung einzelner Fälle der Wiederverleihung eine allgemeine Verbindlichkeit zur jedesmaligen Wiederverleihung ſo lang zur Folge habe, als der Lehenherr nicht den Gegenbeweis führt, daß dieſe Uebung ſchon vor dem 1. December 1802 nicht einmal die Regel gebildet habe. Es wird alſo an einzelnen Ausnahmsfällen nicht genügen, ſondern der Lehenherr müßte den Gegenbeweis dahin führen, daß die Uebung nicht die Regel geweſen ſei. Man kann indeſſen vom Lehenherrn nicht den Beweis fordern, daß die Mehrheit der Fälle entgegengeſetzt behandelt worden ſei. Dies wäre jedenfalls zu viel gefordert, denn wenn z. B. bei hundert Heimfällen die Lehen neunundvierzig Mal den Familienangehörigen entzogen worden ſind, ſo kann man von einer Wiederverleihung als Regel nicht mehr reden, obgleich nicht für die Mehrheit der Fälle eine entgegengeſetzte Behandlungsart nachgewieſen iſt. Dem richterlichen Ermeſſen bleibt es übrigens überlaſſen, zu entſcheiden, wann die Zahl der Ausnahmen ſo groß ſei, daß man ſagen könne, die Regel ſei dadurch aufgehoben, denn daß die Regel Ausnahmen zulaſſe, ohne aufzuhören, Regel zu ſein, liegt ſchon in dem Begriff der Regel, weil es keine Regel ohne Ausnahmen giebt.

Einzelne Ausnahmen alſo können nichts verändern, allein wenn die Zahl der Ausnahmen von ſolcher Bedeutung iſt, daß nach den Umſtänden, die dabei concurriren, und nach dem jeweiligen Hergang der Sache anzunehmen iſt, hier ſei Gewißheit vorhanden, daß die Wiederverleihung an Familienangehörige nicht einmal die Regel war, dann ſoll die Wirkung des §. 1 aufhören. Dies kann nun die Kammer wohl unbedingt annehmen, denn bei allen denjenigen Lehen, welche man bei der frühern Berathung in dieſem Saale im Auge hatte, wird die Lehenherrſchaft mit einem ſolchen Beweis nicht aufkommen. Könnte ſie es aber, ſo wäre es ungerecht, ihr dieſen Weg abzuſchneiden."

Digitized by Google

sein soll, so könnte allerdings die Rechtswirkung der Uebung in Bezug auf ihren Umfang nicht weiter gehen, als die Uebung selbst. Allein so lautet der §. 1 des jetzt vorliegenden Gesetzes nicht; er erklärt nicht, daß die alte Uebung künftig maßgebend sei, sondern er giebt darüber, wie es mit der Wiederverleihungspflicht künftig gehalten werden soll, eine eigene (von der früheren Uebung unabhängige) Verfügung.

Der erste Theil des Satzes bestimmt, welche Uebung nachgewiesen werden müsse, und der zweite Theil giebt (ohne Rückbeziehung auf jene Uebung) die Vorschrift, wie es sodann im Falle jenes Nachweises künftig gehalten werde.

Der erste Theil fordert nämlich den Beweis, daß heimgefallene Lehen in verschiedenen (sich über wenigstens zehn Jahre erstreckenden) Fällen stets an die Wittwe oder an Abkömmlinge oder an andere Verwandte des letzten Besitzers wieder verliehen wurden. Dieser alternativen Stellung nach ist also dieses Erforderniß vorhanden, wenn alle nachgewiesenen verschiedenen Fälle auch nur Wiederverleihungen an Abkömmlinge, oder wenn sie nur Wiederverleihungen an Wittwen, oder wenn sie nur Wiederverleihungen an Seitenverwandte enthalten.

Ist nun aber diese Uebung durch Fälle der Wiederverleihung der einen oder der andern Art dargethan, so ist der Lehenherr nach dem zweiten Theile des Satzes verpflichtet, bei künftigen Heimfällen das Lehen nicht nur an Abkömmlinge, oder an die Wittwe, sondern in deren Ermangelung auch an Geschwister wieder zu verleihen.

Diese Verpflichtung kann weiter oder enger als die nachgewiesene Uebung sein: weiter, insofern die Uebungsnachweisung nicht Fälle der Wiederverleihung an die drei verschiedenen Kathegorien (Abkömmlinge, Wittwen und Geschwister) zugleich, sondern nur an die Eine oder Andere, oder etwa an zwei derselben enthält; — enger, insoweit die Uebungsnachweisung vielleicht auch Fälle der Wiederverleihung an entferntere Seitenverwandte enthält, oder dem Lehenherrn unter den verschiedenen vorhandenen Abkömmlingen oder unter den verschiedenen vorhandenen Geschwistern kein Wahlrecht gelassen hat.

Mit jener wörtlichen Vorschrift des §. 1 steht auch der §. 3 im Einklange, wenn er verfügt, daß die im §. 1 bestimmte Verbindlichkeit des Lehenherrn, d. i. die Verbindlichkeit: das heimgefallene Lehen einem Kinde, der Wittwe, beziehungsweise Einem der Geschwister wiederzuverleihen, — auch da eintrete, wo nicht die im §. 1 erwähnte allgemeine Uebung einer Gegend oder eines lehenherrlichen Komplexes, sondern nur in Bezug auf das specielle (in Frage stehende) Lehen die Thatsache nachgewiesen wird, daß dieses Lehen

„in den drei letzten Heimfällen oder in sämmtlichen, innerhalb der letzten hundert Jahre vorgekommenen, Heimfällen an die Wittwe oder Abkömmlinge oder andere Verwandte des jeweiligen letzten Besitzers wieder verliehen wurde, ꝛc.“

Da hiernach höchstens drei Verleihungsfälle nachgewiesen werden dürfen, um die im §. 1 bestimmte Verbindlichkeit des Lehenherrn ihrem vollen Umfange nach eintreten zu lassen, so müßte man, wenn diese Verbindlichkeit sich nur nach dem Umfang der nachgewiesenen Uebungsfälle richten sollte, im Widerspruche mit dem Wortlaute des §. 3 annehmen: derselbe unterstelle, daß von den nachzuweisenden drei Fällen der Eine die Verleihung an ein Kind, der Andere die Verleihung an die Wittwe, und der Dritte die Verleihung an einen Seitenverwandten enthalten habe.

Ja noch mehr! — wenn in den letzten hundert Jahren nur zwei Heimfälle eines bestimmten Lehens statt hatten, so soll nach §. 3 die im §. 1 festgesetzte Verbindlichkeit des Lehenherrn, das Lehen künftig an Abkömmlinge, Wittwen oder Geschwister des letzten Besitzers zu verleihen, schon durch die in jenen zwei Heimfällen stattgehabte Wiederverleihung begründet werden, obgleich in diesen zwei Heimfällen die Wiederverleihung doch unmöglich an alle drei Kathegorien (Abkömmlinge, Wittwen und Seitenverwandte) geschehen seyn konnte.

Auch würde man durch die Auslegung, daß die Verbindlichkeit des Lehenherrn nur nach dem Umfange der nachgewiesenen Wiederverleihungsfälle eintrete, zu dem sonderbaren Resultate gelangen, daß, wenn in allen nach §. 3 nachzuweisenden Fällen die Wiederverleihung (in Abgang von Abkömmlingen und Wittwen) nur an Seitenverwandte geschah, der Lehenherr nun verpflichtet wäre, das Lehen künftig wohl den Geschwistern, nicht aber auch den Abkömmlingen oder Wittwen zu verleihen, was nicht nur dem Zwecke des Gesetzes widerspräche, sondern auch mit der Verfügung des §. 1, daß die Geschwister nur in Ermangelung von Abkömmlingen und Wittwen an die Reihe kommen, unvereinbar wäre. D. Red.

Digitized by Google

II.

Hofgericht Rastadt.

1) Kann der Zehntherr gegen die Kirchspielsgemeinde auf Anerkennung ihrer Hand- und Fuhrdienstpflicht zu Kirchenbauten klagen?

2) Was wirken Baufakta in Bezug auf die durch den Bauherrn dabei geleisteten Hand- und Fuhrdienste?

3) Hauptreparationen.

(In S. des Gr. Fiskus gegen die Kirchspielsgemeinde Ebersweier.)

Der Großherzogliche Domainen-Fiskus übergab am 30. November 1840 bei dem Oberamt Offenburg eine Klage gegen die Kirchspielsgemeinde Ebersweier, worin er vortrug: daß er Zehntherr in Ebersweier sei; daß ihm daher die Verpflichtung obliege, das Chor nebst Sakristei der Kirche, und das Pfarrhaus sammt Zugehör in vorkommenden Fällen zu banen, und zu unterhalten, daß dagegen zufolge der §§. 15. 18. 19. des Bauedikts vom Jahre 1808 die Kirchspielsgemeinde verbunden sei, die hiezu nöthigen Hand- und Fuhrdienste unentgeldlich zu leisten, gleichwohl aber die Kirchspielsgemeinde jetzt, wo es sich um Ablösung des Zehntens, beziehungsweise um Feststellung der Zehntlasten handle, ihre Verpflichtung hinsichtlich des Pfarrhauses nicht anerkennen wolle, weßhalb die Bitte gestellt wurde: „Die beklagte Kirchspielsgemeinde unter Verfällung in die Kosten dieses Processes für schuldig zu erklären, in vorkommenden Fällen des Neubaues, der Reparatur und Unterhaltung des Pfarrhauses zu Ebersweier nebst wirthschaftlichen Nebengebäuden die nöthigen Hand- und Fuhrarbeiten unentgeldlich zu leisten.

Einredend hat hingegen die Beklagte vorgetragen, daß der Kläger von jeher auch die Hand- und Spanndienste zum Pfarrhausbau aus eigenen Mitteln bestritten habe, und auf deßfallsiges vom Unterrichter erlassenes Beweiserkenntniß wurde von der Beklagten der Beweis darüber angetreten und durch den Unterrichter nachmals erhoben:

1) daß im Jahre 1807 eine Tenne hergestellt, respective gefertigt,

2) im Jahre 1810 ein Waschhaus erbaut,

3) in gleichem Jahre die Mauer um den Pfarrgarten reparirt,

4) im Jahre 1826, 1831, 1839 das Dach umgedeckt,

5) 1830 (eigentlich 1831) zwei Kamine gefertigt,

6) in gleichem Jahre eine Mauer am Kuhstalle gefertigt,

7) im Jahre 1837 ein Scheuerthor reparirt und ein Brunnen gefertigt,

8) im Jahre 1823 das Brunnenhaus neu gedeckt und ein Abtritt reparirt, endlich

9) im Jahre 1829 ein Gartenhaag gefertigt worden sey, — und zwar alles dieses auf alleinige Kosten des Klägers, der insbesondere auch die Hand- und Fuhrdienste bestritten habe.

Alle diese Reparationen wurden durch vereinzelte Aussagen verschiedener Zeugen mit dem Anhang bestätigt, daß der Fiskus auch die Kosten der Hand- und Fuhrarbeiten bezahlt habe.

Am 3. Dezember 1841 gab hierauf das Oberamt Offenburg folgendes Erkenntniß:

„Würde die beklagte Gemeinde Ebersweier den Erfüllungseid dahin ausschwören:

Daß in frühern Fällen der Großherzogliche Domainenfiskus als Zehntherr stets bei Haupt- oder Nebenbauten an oder in dem Pfarrhause und dessen Zugehöre zu Ebersweier auch die Hand- und Frohndarbeiten geleistet habe, —

so soll der klagende Fiskus unter Verfällung in die Kosten mit der erhobenen Klage abgewiesen werden. Würde aber die Beklagte diesen Eid nicht ausschwören, so soll sie unter Verfällung in die Kosten für schuldig erklärt werden, in vorkommenden Fällen des Neubaues, der Reparatur und Unterhaltung des Pfarrhauses nebst Zugehöre zu Ebersweier die nöthigen Hand- und Fuhrarbeiten unentgeldlich zu leisten.

Der Großherzogliche Fiskus ergriff gegen dieses Erkenntniß die Appellation an das Hofgericht in Rastadt. Dasselbe wurde jedoch durch hofgerichtliches Urtheil vom 8. April 1842 lediglich bestätigt.

In den Entscheidungsgründen zu diesem Urtheile sind die verschiedenen Streitpunkte in folgender Weise erörtert:

„Vorerst, heist es dort, bedarf die vom Anwalt des Beklagten angeregte Frage: „ob die Klage an sich in Rechten begründet sey?“ darum einiger Erörterung, weil der Appellant, würde jene Frage verneint, und hätte also der Unterrichter die Klage sogleich abweisen sollen, in keinem Falle durch das unterrichterliche Erkenntniß beschwert erachtet werden könnte.“

Digitized by Google

„Es entsteht nämlich die Frage: Kann die Kirchspielsgemeinde, ohne daß ein Baufall wirklich vorliegt, auf Anerkennung der Leistung der Hand- und Spanndienste gerichtlich belangt werden, und steht diese Klage dem selbst baupflichtigen Zehntherrn zu?"

„Daß der Kirche als Besitzerin des Kirchengebäudes, beziehungsweise Pfarrhauses, somit des Gutes, zu dessen Gunsten der §. 15, 18 des Baueidts dem Kirchspiele die Verpflichtung zu Hand- und Spannfrohnden auferlegt, die Klage auf Anerkennung des Rechtes zustehe, wird sich nicht bestreiten lassen, denn es handelt sich hier zufolge Landrechtssatzes 710 g a. gg. um eine Grundpflichtigkeit, ein Rechtsverhältniß, welches das Gesetz unter den Gesichtspunkt der Grunddienstbarkeiten gestellt hat, bei welchen nach unbestrittenen Grundsätzen die Belastungsklage (actio confessoria) unbedingt stattfindet."

Nun ist zwar der Bauherr, beziehungsweise Zehntherr, allerdings nicht Besitzer der Kirche oder des Pfarrhauses, allein sein Recht auf die Bauhülfe der Kirchspielsgemeinde durch Leistung der fraglichen Frohnden ist eine Zugehörde seiner eigenen Baupflicht, welche selbst wieder durch das Vorhandensein einer Liegenschaft, der Kirche oder des Pfarrhauses bedingt ist, und es läßt sich somit sagen, daß das an die Baupflicht des Zehntherrn gebundene Recht auf die Bauhülfe ebenfalls auf der Kirche haftet, und daß deßwegen dem Zehntherrn, als in dinglicher Weise berechtigt, die actio confessoria müsse utiliter gestattet werden. Abgesehen hievon aber muß obige Frage aus dem einfachen Grunde bejaht werden, weil §. 73 des Zehntablösungsgesetzes vom 15. November 1833 den Streit über das Dasein und den Umfang der, auf dem abzulösenden Zehnten haftenden Lasten von dem Verfahren über die Größe des Ablösungscapitals ausgeschieden hat, wovon eine nothwendige Folge die ist, daß jeder Betheiligte die Entscheidung über Dasein und Umfang der Lasten durch eine Klage herbeiführen kann."

„Die Klage an sich mußte daher als rechtlich begründet angesehen werden und es frug sich somit nur noch: ob die Einrede der Beklagten erheblich und in so weit bewiesen ist, daß der Beklagte zum Notheide zugelassen werden kann?"

„In dieser Beziehung ist zu bemerken: der Artikel 15 des Bau-Edikts, welcher zufolge Art. 18 auch für Pfarrgebäude maaßgebend ist, stellt zwar die Kirchspielsgemeinde als für die Hand- und Spannfrohnden zunächst pflichtig dar, gestattet ihr jedoch die Nachweisung, daß Andere (der Zehntherr oder die Kirchenkasse) die Pflicht auf sich haben, jene Arbeiten in ihren Kosten verrichten zu lassen. Als unbedingter Verpflichtungsgrund ist im Artikel 1 nur der Beweis eines Baufaktums angeführt, und ist solcher hergestellt, so soll derjenige, welcher gebaut hat, in so lange als baupflichtig angesehen werden, als er nicht darlegt, daß jener Vorgang aus freiem Antriebe in Wohlthätigkeitsweise von ihm geschehen und als eine Gutthat auch vom Kirchspiele aufgenommen worden, oder daß damals der Bau nur vorsorglich bis zu entschiedenem Rechtsstreit von ihm übernommen, und der Rechts-Austrag von ihm in Zeiten d. h. vor Ablauf von 30 Jahren gesucht und eingeleitet worden sei. Hiernach ist die Einrede der Beklagten, wenn und in wie fern sie den Vorgang des Bauens oder Hauptreparaturen betrifft, allerdings erheblich, und muß der Beklagten, weil der Großherzogliche Fiskus replicando und eventuell durchaus nicht vorgeschützt hat, daß nur in Wohlthätigkeitsweise oder vorsorglich gebaut worden sei, nach erbrachtem Beweise den Sieg Rechtens verschaffen."

Zwar hat der Fiskal-Anwalt in seinem heutigen mündlichen Vortrage, wie bereits in frühern Fällen, die Theorie zu vertheidigen gesucht, daß man wenigstens verjährte Bau-Facta verlangen müsse. Allein nur gegen den, welcher vorsorglich gebaut hat, kann man von einem verjährten Baufactum sprechen, welches in diesem Falle alsdann vorhanden ist, wenn von der Zeit der Bau-Uebernahme an 30 Jahre umflossen sind, ohne daß der Rechtsstreit gegen einen andern Baupflichtigen eingeleitet wurde, und es paßt dieß also hier, wo von einem vorsorglichen Baue nirgends die Rede ist, keineswegs."

Der Beweis selbst ist, um nur bei dem Wichtigsten stehen zu bleiben, hinsichtlich der Erbauung eines Waschhauses 1810, der Reparation der Mauer um den Pfarrgarten in demselben Jahre und des Umdeckens des Daches 1826, welches zufolge Landrechtssatzes 606 als Hauptreparationen zu betrachten sind, durch die Aussage des beeidigten Zeugen Joseph Schiermann zu Dvrbach, wonach er diese Arbeiten laut Accorden mit dem Landbaumeister Krämer beziehungsweise Baumeister Voß auf Kosten des Gr. Fiskus lieferte, zur Hälfte hergestellt, und ohne daß es daher auf die Prüfung des weitern Beweises durch Zeugen resp. der gegen diese erhobene Einrede ankäme, erscheint schon nach Obigem in Vergleichung der Landrechtssätze 1366, 1367 und der §§. 634, 635 der Prozeßordnung der amtliche Bescheid gerechtfertigt, wonächst endlich der appellantische Fiskus durch die Fassung der Eidesformel, in wie fern diese nicht speciell auf gewisse Baufälle gerichtet ist, in so fern nicht beschwert ist, als der Beklagten allgemein, mithin über ihre eigene Behauptung hinaus zu beschwören auferlegt wurde, daß der Kläger die fraglichen Arbeiten in frühern Fällen selbst geleistet habe."

Aus den Gründen und nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung wurde wie geschehen erkannt."

Dieses Urtheil wurde auf die vom Fiskus ergriffene Oberappellation vom Oberhofgericht unterm 10. Februar 1843 bestätigt.

Y.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Gb. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 10. Karlsruhe den 11. März 1843.

I.

Kann §. 815 der Prozeßordnung auch auf die Fälle angewendet werden, in welchen der Schuldner dem Gläubiger keine Sicherungsmittel (Unterpfands-Gegenstände) nachzuweisen vermag?

Ein Schuldner vereinigte sich mit seinem Gläubiger über den bisher streitigen Betrag der Schuld und beide kamen dahin überein, daß die anerkannte Forderung durch Pfandeintrag auf bestimmt bezeichnete, nach der Versicherung des Schuldners noch freie, Grundstücke gesichert und in Zielern abgetragen werden solle.

Als hierauf der Gläubiger seine Forderung auf die angeblich noch freien Liegenschaften eintragen lassen wollte, stellte sich heraus, daß diese um das Doppelte ihres Schätzungswerthes mit Unterpfändern belastet waren.

Nun beantragte der Gläubiger, unter Berufung auf §. 815 der Prozeßordnung, Vorladung des Schuldners zur Nachweisung seines Zahlungsvermögens ꝛc. unter Nachweisung des Vermögenszerfalls des Schuldners.

Diesem Antrag entsprach der Unterrichter; in der Tagfahrt protestirte jedoch des Beklagten Anwalt, mit der Bitte um Abweisung des klägerschen Gesuchs, da keines der in §. 815 aufgezählten Erfordernisse desselben auch nur behauptet sei.

Demungeachtet erkannte der Unterrichter, gemäß dem angedrohten Rechtsnachtheil, gegen den Beklagten Gant.

Dieses Erkenntniß wurde jedoch in der Appellations-Instanz aufgehoben und zwar aus folgenden Gründen:

§. 815 der Prozeßordnung, welcher die Fälle bestimmt, in welchen die Gläubiger auf Ganteröffnung antragen dürfen, setzt voraus, daß dieselben Befriedigung ihrer Ansprüche im Vollstreckungswege entweder bezwecken oder betreiben.

Der Grund des Gesetzes ist, wie sich durch Vergleichung desselben mit §§. 1075, 1077, 836 der Prozeßordnung ergiebt, hauptsächlich der, den einzelnen Gläubigern an den Ergebnissen der von Andern betriebenen Vollstreckung für den Fall Antheil zu geben, daß die Gantmäßigkeit des Schuldners sich herausstellt.

Im vorliegenden Falle ist jedoch durch den Mangel an Unterpfands-Gegenständen vorerst nur der Zweck der Sicherung vereitelt; es kommt daher, weil es sich nicht um Vollstreckungsmittel handelt, auch nicht darauf an, ob das Vermögen des Beklagten überschuldet ist.

Die Vorschrift des §. 815 der Prozeßordnung ist streng auszulegen,

s. Bekk, Commissionsbericht über den 41. Titel des Entwurfs der Prozeßordnung zu §. 816,

mithin auf die Fälle nicht auszudehnen, in welchen der Schuldner Unterpfands-Gegenstände (Sicherungsmittel) nicht besitzt; denn diese Fälle sind weder nach dem Wort noch dem Geist des Gesetzes in §. 815 enthalten.

Stempf.

II.

Findet Appellation gegen das Erkenntniß einer Verwaltungsbehörde über eine Justizsache statt?

Das Amtsrevisorat N. B. legte dem Amte daselbst die Akten über die Abhör einer Gemeindsrechnung vor, mit dem Antrag, gegen den vormaligen Gemeindsrechner E... zur Beitreibung seines Recesses von 3327 fl. 17 kr. einzuschreiten. Dieser bestritt die Richtigkeit des Receßbetrags. Auf seinen Antrag verfügte der Amtsvorstand eine nochma-

Digitized by Google

lige Prüfung der Rechnung und auf die hierauf von dem Amtsrevisorat erstattete berichtliche Aeußerung erließ der Vorstand des Amts N. B. einen unbedingten Befehl gegen E... auf den Betrag des ihm gezogenen Recesses, auch erkannte jener auf das Anrufen des jetzigen Gemeindsrechners Vollstreckung. Die Einsprache des E... wurde verworfen und auf seine Berufungsanzeige wurden die Akten mit dem Bemerken eingesendet, daß das Amt in seiner Eigenschaft als Verwaltungsbehörde in dieser Sache gehandelt habe.

Der appellantische Anwalt wurde hierauf aufmerksam gemacht und vorgeladen, um vorerst die Zulässigkeit der Appellation nachzuweisen.

Rechtsähnlichkeit des §. 1214 der Prozeßordnung.

Bei der Berathung kam man über folgende Grundsätze überein:

Zur Gültigkeit des Verfahrens bei einem Obergerichte (judex ad quem) gehört wesentlich, daß die von ihm zu prüfende Entscheidung von einem ihm unterstellten Richter erster Instanz (judex, a quo) erlassen wurde.

Beim Mangel dieser Voraussetzung würde das Obergericht die Gränzen seiner Zuständigkeit (seines imperium) überschreiten und wenn es jenen Grundsatz nicht anerkennte, würde es seine Zuständigkeit zu einer gränzenlosen (über die durch die Organisation gezogenen Gränzen) ausdehnen.

S. Bayer's Vorträge über den gemeinrn ordentlichen Civilprozeß, 7. Auflage, S. 630, 631.

Dieser Grundsatz schlägt auch ein, wenn das von einem Verwaltungsbeamten erlassene, den Gegenstand der Appellation bildende, Erkenntniß einem dem Obergerichte unterstellten Unterrichter zugestanden hätte.

Wenn nämlich dem Verwaltungsbeamten das Recht, in einer Sache zu verfügen oder zu entscheiden, bestritten werden soll, so kann dies nur von demjenigen Gerichte geschehen, welchem die Verfügung und Entscheidung zugekommen wäre, aber nicht von dem Obergerichte, an welches gegen die Entscheidung dieses Richters hätte appellirt werden können; denn das Obergericht ist so lange nicht zuständig, als nicht eine Entscheidung eines Unterrichters seines Bezirks vorliegt.

Einen Competenz-Conflikt gegenüber der Verwaltungsbehörde zu erheben, kommt nicht einer Parthie, sondern dem zuständigen Gerichte

§. 53 der Prozeßordnung,

— und über einen solchen Conflikt zu entscheiden, nicht dem Obergerichte, sondern dem Großherzoglichen Staatsministerium zu;

§. 54 der Prozeßordnung,

Organisationsedikt von 1809, Beilage F, §. 38 e,

v. Weiler, Justiz und Verwaltung, S. 24 ff.,

es kann also auch ein Competenz-Conflikt nicht damit umgangen — beziehungsweise gehoben werden, daß gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde das Rechtsmittel eingelegt wird, welches gegen die Entscheidung der zuständigen Gerichtsbehörde zulässig gewesen sein würde.

Die Beseitigung eines Competenzconflikts könnte vielmehr nur dadurch herbeigeführt werden, daß gegen die Entscheidung der nicht zuständigen Verwaltungsbehörde der Recurs an die höhere Verwaltungsbehörde ergriffen und diese so veranlaßt würde, die Entscheidung, welche der Behörde der untern Instanz gesetzlich nicht zukam, aufzuheben.

Verordnung vom 14. März 1833, Regierungsblatt Nr. 13.

Es wurde daher in dem oben bezeichneten Fall,

in Erwägung,

daß das Amt N. B. nach Inhalt der vorgelegten Akten und des Einsendungsberichts, übereinstimmend mit der Aufschrift der Akten, die angefochtenen Verfügungen nicht als Civilgericht, sondern in der Eigenschaft als Verwaltungsbehörde erlassen hat;

daß es zwar offenbar seine Competenz als Verwaltungsbehörde damit überschritten hat ꝛc. (gehört nicht hierher);

daß jedoch eine Cognition über Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, mögen diese auch ihre Competenz überschritten haben, den Gerichten nicht zusteht, sondern bei entstehendem Competenzconflikt, der noch nicht vorliegt und von dem Beklagten in gegenwärtigem Falle nur dadurch herbeigeführt werden könnte, daß er die Einschreitung des Unterrichters veranlaßt, die Entscheidung des Großherzoglichen Staatsministeriums eingeholt werden muß,

erkannt: die Appellation sei als unzulässig zu verwerfen.

Stempf.

Digitized by Google

Anmerkung der Redaktion.

Daß der unbedingte Befehl zur Zahlung des berechneten Rezesses, wenn ihn das Amt als Verwaltungsbehörde erließ, nichtig sei, beziehungsweise daß die Verwaltungsbehörde zur Entscheidung darüber, ob und welchen Rezeß der Rechner zu zahlen habe, nicht kompetent sei, daß vielmehr die Rezeßbescheide und alle Verfügungen der Verwaltungsbehörde, wodurch der Rechner wegen irgend eines Postens haftbar oder ersatzpflichtig erklärt wird, nur die Anforderung an denselben feststellen, daß aber, wenn die Administration auf die vom Rechner gemachten Vorstellungen und etwa erhobenen Rekurse von der Anforderung an den Rechner nicht abgeht, und der letztere doch auch seinerseits die Ersatzverbindlichkeit fortan widerspricht, am Ende lediglich der Civilrichter zu entscheiden habe, ist vollkommen klar. Das Verhältniß des Rechners in Bezug auf seine Einnahmen und Ausgaben, überhaupt in Bezug auf seine Verwaltung, ist jenes eines Gewalthabers, also rein privatrechtlicher Natur, seine Verbindlichkeiten richten sich nach den S. 1991—1997 und nach den in seiner Verwaltungsinstruktion enthaltenen besondern Bedingungen seines Auftrags, weshalb auch der Streit über die Verwaltung und Rechnung eines Vormundes nach der ausdrücklichen Vorschrift des S. 473 wie jeder andere bürgerliche Prozeß verhandelt und entschieden wird. Es ist dies eben so in Bezug auf die Staats-, Gemeinde- und Stiftungsrechner durch die Verwaltungsbehörden selbst überall anerkannt und schon durch eine Menge solcher gerichtlich verhandelten Rechnungsprozesse so praktisch geworden, daß es wirklich auffallend wäre, wenn das Bezirksamt in dem oben erwähnten Falle eine andere Ansicht gehabt haben sollte.

Sei dem aber, wie ihm wolle, so ist jedenfalls richtig, daß gegen das Erkenntniß des Amts als Verwaltungsbehörde keine Appellation an das Hofgericht ergriffen werden kann, und daß nur Erkenntnisse und Verfügungen, welche das Amt als Richter erließ, mittelst eines Rechtsmittels beim Hofgericht angefochten werden können.

Wollte der Rechner gegen die ihn verletzende Verfügung des Amts als Verwaltungsbehörde sich nicht die Abhülfe der höhern Verwaltungsbehörde verschaffen, sondern in dieser reinen Civilsache ohne alle administrative Weiterungen sogleich den Schutz des Richters suchen, so hätte er sich deshalb zuerst an den Richter erster Instanz, nämlich an das Bezirksamt als Gerichtsstelle zu wenden.

Was konnte er hiebei aber vom Richter verlangen und was konnte dieser thun?

Nach §. 3 der Prozeßordnung ist der vorliegende unbedingte Befehl der Verwaltungsbehörde, als in einer privatrechtlichen Streitsache ergangen, nichtig. Allein in so weit die Verwaltungsbehörde behauptete, daß es sich um keine bürgerliche Rechtssache handelte, oder daß sie, selbst wenn eine solche vorläge, gleichwohl nach einer besondern gesetzlichen Bestimmung zum Erkenntnisse darüber ausnahmsweise kompetent sey (§. 2), kann der Richter die Nichtigkeit jenes unbedingten Befehls nicht aussprechen, es ist vielmehr vorerst nach §. 53 der Prozeßordnung in Verbindung mit dem Organisationsedikt von 1809 die Entscheidung des Staatsministeriums über den Kompetenzconflikt einzuholen, weil eben die Nichtigkeit des unbedingten Befehls nach §. 3 der Prozeßordnung die Inkompetenz der Verwaltungsbehörde voraussetzt, über diese aber der Richter nicht selbst zu erkennen hat.

Wie ist aber die Entscheidung des Staatsministeriums in einem solchen Falle herbeizuführen?

Die im §. 53 erwähnten besondern Formen fehlen zur Zeit noch. Wenigstens sind sie nicht gesetzlich, sondern nur zum Theil durch die Praxis und durch einige Staatsministerialverfügungen geregelt. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Ist ein Rechtsstreit bei den Gerichten anhängig, hinsichtlich dessen die Verwaltungsbehörden ihre Kompetenz behaupten, so wird die Sache in der Art gehalten, daß das Gericht in der Verhandlung und Entscheidung fortschreitet, ohne von den in der Sache etwa ergangenen administrativen Verfügungen und Entscheidungen Notiz zu nehmen. Selbst wenn sie ihm vorliegen, so beachtet es sie nicht, wenn es sie als inkompetent erlassen ansieht, bis etwa die Administrativbehörde sich an das Gericht wendend auf den Grund der für sich in Anspruch genommenen Kompetenz gegen das richterliche Verfahren Einsprache erhebt. Hierauf hebt das Gericht, wenn es die administrative Einsprache begründet findet, das richterliche Verfahren und etwa schon ergangene Erkenntniß auf. Findet es aber die administrative Einsprache unbegründet, so eröffnet es dies der einsprechenden Behörde, und in diesem

Digitized by Google

Falle legt das Gericht seine Akten mit der Rechtfertigung seiner Kompetenz dem Justizministerium vor, und die Verwaltungsbehörde wendet sich in gleicher Weise unmittelbar, oder wenn sie eine Bezirksstelle ist, durch die ihr vorgesetzte Mittelstelle, an das einschlägige Ministerium.

Hält das Letztere die administrative Einsprache selbst für unbegründet, so schlägt es den Kompetenzkonflikt nieder und das Gericht erhält seine Akten zum weitern Rechtsverfahren zurück.

Hält aber das einschlägige Ministerium die erhobene administrative Einsprache für begründet, so erstattet es darüber Vortrag an's Staatsministerium, und theilt diesen Vortrag dem Justizministerium mit, welches denselben mit der Vorlage des Gerichts und mit einem eigenen Beiberichte an das Staatsministerium übergiebt, wo sodann die Entscheidung über den Konflikt erfolgt.

Handelt es sich aber nicht um ein anhängiges gerichtliches Verfahren, gegen welches die Administrativbehörde Einsprache macht, sondern liegt vielmehr, wie hier,

2) der Fall vor, daß die Administrativbehörde eine Verfügung oder Entscheidung erließ, und vollziehen will, und daß ein Betheiligter dieselbe für unzuständig ansieht und richterlichen Schutz dagegen sucht, so wird die Sache auf verschiedene Weise behandelt. Derjenige, welcher im administrativen Wege in Anspruch genommen ist, erhebt bei dem Richter bald eine Quasi-Negatorienklage, bald eine provocatio ad agendum, bald bittet er, wenn es sich schon um die Exekution handelt, um einen Einhaltsbefehl ꝛc., um auf die eine oder andere Weise die Sache vor Gericht anhängig zu machen, und damit die Administrativbehörde zu Erhebung eines Kompetenzconfliktes zu veranlassen.

Es ist dies aber ein ganz unnöthiger Umweg, der überdies oft wegen Unstatthaftigkeit des Mittels gar nicht zum Ziele führt.

Der Natur der Sache ist es am entsprechendsten, wenn hier ganz dasselbe Verfahren, wie in dem unter Nr. 1 erwähnten Falle, jedoch in umgekehrter Richtung eingehalten wird, wenn nämlich das deshalb angegangene Gericht, sofern es die Sache zum gerichtlichen Austrage geeignet findet, dies unter Mittheilung der hiefür sprechenden Gründe der einschlägigen Verwaltungsbehörde eröffnet, und sie ersucht, ihre Verfügung oder Entscheidung als inkompetent erlassen zurückzunehmen und die Betheiligten an den Civilrichter zu verweisen, oder andernfalls mittelst Vorlage an die höhere Behörde den Konflikt zur Entscheidung des Staatsministeriums zu bringen. Findet die Verwaltungsbehörde diese Reklamation begründet, so entspricht sie ihr, und andernfalls bewirkt sie die Vorlage an das einschlägige Ministerium, welches den Konflikt wieder niederschlägt, oder ihn durch Mittheilung an das Justizministerium, welchem auch das Gericht Vorlage macht, zur Entscheidung in das Staatsministerium bringt.

Das Verfahren soll also hier (nur in umgekehrter Richtung) das nämliche sein, wie im Falle Nr. 1, und durch die Natur der Verhältnisse ist eben so wenig, als durch besondere gesetzliche Bestimmungen eine andere Abweichung begründet, als die, daß das Gericht im Falle Nr. 2 nach dem §. 5 der Prozeßordnung den Konflikt nicht von Amtswegen, sondern nur auf Anrufen einer Parthei erheben kann, während die Verwaltungsbehörde im Falle Nr. 1 nicht nur auf Anrufen eines Betheiligten, sondern auch von Amtswegen einzuschreiten berufen ist.

Hat das Gericht im Falle Nr. 1 auf die administrative Einsprache das richterliche Verfahren wieder selbst aufgehoben, oder im Falle Nr. 2 die von einer Parthei erbetene Reklamation der Sache abgeschlagen, so steht dem Betheiligten dagegen (im Falle Nr. 2 als gegen eine Ladungsversagung, und im Falle Nr. 1 als gegen die Wiederaufhebung der erkannten Ladung) die Appellation an den höhern Richter zu. Wird durch ein abänderndes Erkenntniß des höhern Richters das richterliche Verfahren (Nr. 1) wieder anrecht erhalten, beziehungsweise der gebetene Konflikt (Nr. 2) erkannt, so wird alsdann wegen Einholung der Staatsministerialentscheidung wieder weiter verfahren, wie oben beschrieben ist.

Im vorliegenden Falle hätte also der Rechner das Amt als Gerichtsbehörde*) angehen sollen, daß es die Verwaltungsbehörde auffordere, den erlassenen unbedingten Befehl zurückzunehmen und die Gemeinde mit ihren bestrittenen Ansprüchen gegen den Rechner an den Civilrichter zu verweisen.

Hätte das Amt als Gerichtsbehörde diesem Gesuche entsprochen, so würde der Konflikt, wenn er nicht schon durch das Ministerium des Innern niedergeschlagen worden wäre, durch das Staatsministerium in der angedeuteten Art seine ordnungsmäßige Erledigung erhalten haben. Hätte aber das Amt das Gesuch abgeschlagen, so hätte der Rechner hiegegen die Appellation an das Hofgericht ergreifen können, wogegen eine solche Appellation unmittelbar gegen den unbedingten Befehl der Administrativbehörde unzulässig war. D. Red.

*) Eine große Inkonvenienz in dieser Beziehung ist es allerdings, daß in unterer Instanz die Justiz von der Administration noch nicht getrennt ist. Dies kann jedoch den obigen Gang der Sache nicht ändern, selbst wenn der nämliche Beamte, der die administrative Verfügung erließ, nun auch noch als Richter zu verfügen hätte. Er würde eben in diesem Falle als Richter das Gesuch Gesuch abschlagen und dagegen fände dann die Appellation an das Hofgericht statt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 11. Karlsruhe den 18. März 1843.

I.

Todschlag

des Schwiegervaters von seinem Schwiegersohne, ein Beispiel der Stufenfolge von moralischer Verderbniß.

Vorbemerkungen.

1) In concreto kann die Grenzlinie zwischen Todschlag und Mord oft nicht genau ermittelt werden, daher im Zweifel für den Erstern zu urtheilen.

2) Die Eintheilung der Tödtung in vorsätzlich muthwillige, und blos muthwillige aus Jähheit oder Zorn entspricht nicht folgerichtig dem Begriffe von Tödtung überhaupt.

3) Der Grundsatz der Untrennbarkeit des Geständnisses von seinen Zusätzen ist im Allgemeinen nicht richtig.

4) Die Eintheilung in unmittelbaren und mittelbaren Vorsatz (dolus directus und indir.) ist nach der neuern Theorie unrichtig, nicht minder die Gleichstellung in der Stufenleiter des mittelbaren Vorsatzes mit grober Verschuldung (culpa).

5) Die Eintheilung der Werkzeuge in unschädliche, schädliche, unter Umständen tödtliche und allgemein tödtliche, beruht auf keinem logischen Eintheilungsgrunde. Die Eigenschaften der Werkzeuge sind relativere Begriffe und nach jedem einzelnen Falle besonders zu beurtheilen.

6) Die Bestimmung gleicher ordentlicher Strafe (der Todesstrafe mit dem Schwert) auf den Todschlag — und zwar auf beiderlei Arten der Tödtung, so wie auf den Mord ist ein großes Mißverhältniß, das nur durch die Gnade des Fürsten, welche deswegen zu oft in Anspruch genommen wird, ausgeglichen werden kann.

7) Die Gemüthsbewegung (der Affekt), welche nicht durch grobe Beleidigung von Seiten des Getödteten veranlaßt worden, kann keinen Milderungsgrund für den Todschlag abgeben.

§. 1. J. E. v. B. geboren am 14. Juli 1802, also beiläufig 40 Jahre alt, verheirathet seit dem Jahre 1831 mit W. P., evangelischer Confession, ist nach Allem, was die Acten über seine Persönlichkeit enthalten, ein Mensch von überaus schlechtem Rufe und moralischer Verworfenheit. Obgleich, wie das Zeugniß des Pfarramts sich ausdrückt, körperlich und geistig reich ausgestattet, nahm er doch frühzeitig, durch die Fehler der Erziehung von seinen Eltern — Bauersleuten — die ihn vor den andern Kindern bevorzugten, seine Richtung auf Abwege und kam von Stufe zu Stufe dahin, daß er endlich als ein allgemein gefürchteter Mensch betrachtet wurde, dem kein göttliches und kein menschliches Gesetz heilig ist. Hang zum Müßiggang und zur Trunkenheit nebst seltener Rohheit des Charakters und Jähzorn schon von Kindes-Beinen an sind die hauptsächlichsten Prädicate, die ihm beigelegt werden. So kam er von Excessen zu Excessen nicht nur in seinem häuslichen Leben, wo die Mißhandlungen gegen seine Frau und seinen Schwiegervater und Hader und Zwist von allerlei Art eine stehende Rubrik bilden, sondern auch in seinen bürgerlichen Verhältnissen und Beziehungen. Es liegen gegen ihn nicht weniger als zwölf Untersuchungen vor, die alle in die Zeit fallen, während welcher er verehlicht ist. Darunter befindet sich auch eine wegen Mißhandlung seiner Frau und seines Schwiegervaters, wornach er wegen dieses Vergehens durch Urtheil des Amts zur Erstehung einer dreitägigen Gefängnißstrafe verfällt wurde. Andere Rubriken dieser Untersuchungen sind: Betrug und Unterschlagung, versuchter

Digitized by Google

Raub, ohne daß er jedoch desselben überführt werden konnte; ferner eine Reihe von Diebstählen, wovon der bedeutendste Fall der ist, daß er durch ein hofgerichtliches Urtheil v. J. 1837 eines in fortgesetzter That verübten dritten Diebstahls nebst einer Unterschlagung für schuldig erklärt und zur Erstehung einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurtheilt wurde, die er auch erstand, aber nach dem Zeugnisse des Pfarramts siebenmal schlimmer heimkehrte, als er in die Strafanstalt abging. Es trat keine Aenderung in seiner Lebensweise ein, vielmehr wurde das Uebel immer ärger, offener Hader bis zur thätlichen Mißhandlung seiner Ehefrau war an der Tagesordnung, des Verklagens kein Ende und die gröbsten Ausbrüche zügelloser Roheit und Wildheit folgten sich nur mit kurzen friedlichen Zwischenräumen. Seine Versprechungen von Besserungen blieben fruchtlos, und wurden jedesmal im Wein und Branntwein ersäuft. Es zieht sich durch seinen Charakter (wird im Zeugniß noch beigefügt) eine Bösartigkeit hindurch, die es sich zur Aufgabe gemacht und eine Freude darin gefunden hatte, seinen alten und schwachen Schwiegervater auf den Tod zu ängstigen, so daß er zuletzt, um das Uebel nicht ärger zu machen, in stumpfer Resignation zu Allem schwieg und keine Klage mehr führte. In dem Leumundszeugnisse des Gemeinderaths heißt es: „kaum war er aus der Strafanstalt entlassen, so verdoppelte er seine vorigen Fehler und verübte einen Schelmenstreich um den andern, und mißhandelte seine Frau und seinen Schwiegervater auf eine rohe und gröbliche Art und ergab sich immer mehr dem Trunk und Müßiggang. Er füllte sich so übernatürlich mit Branntwein, daß er manchmal zwei bis drei viertel Maaß in einem halben Tag trank. Alle Ermahnungen und bürgerlichen Arreststrafen waren fruchtlos und er wird allenthalben, wo er bekannt war, als ein gefährlicher Mensch von Jedermann gefürchtet. Ungefähr in seinem 28. Lebensjahre trat er in die Ehe, welche nie eine friedliche war, denn Streit und Hader waren an der Tagesordnung, wobei übrigens seine Frau auch dann und wann etwas beigetragen haben mag". In Uebereinstimmung mit allem dem spricht sich auch seine Frau über sein bisheriges Leben und seine Aufführung aus. Auch sie führt an, daß ihr Ehe gleich von den ersten Wochen an eine unglückliche gewesen sei. Trunk und Müßiggang, indem er oft Wochen lang umhergezogen, sind seine herrschenden Fehler. Von ihrem Vater sagt sie, daß auch er, wie sie, ihren Mann oft zur Besserung ermahnt habe bis in die letzte Zeit, wo er ihn, von der Fruchtlosigkeit aller solchen Mühe überzeugt, ruhig sein Wesen habe treiben lassen, weil er immer den Frieden geliebt habe. Besonders in den letzten Tagen vor dem tragischen Ereigniß habe ihr Mann jeden Abend im trunkenen Zustande mit ihr und ihrem Vater Streit angefangen und, um das Maaß seiner Verirrungen voll zu machen, am Vorabende des begangenen Verbrechens ihr in Gegenwart ihres Vaters das Projekt eröffnet, daß er sein Hauswesen verlassen und wie ein Handwerksbursch sich wieder auf die Wanderschaft begeben wolle, wogegen sie ihn an seine Pflichten erinnert habe.

§. 2. Von dem Unglückstage selbst gab sie an: „Schon um 6 Uhr Morgens entfernte sich mein Mann von Haus und kam ungefähr um 8 Uhr wieder zurück. Er war bei seiner Rückkunft, wie es mir schien, schon aufgeregt. Er erklärte wiederholt, daß er fort in das Elsaß wolle, wogegen ich ihm Vorstellungen machte; und als er sodann von unserm fünf Jahr alten Mädchen wieder Branntwein holen lassen wollte, und das Kind erklärte, daß ich ihm verboten habe, für den Vater Branntwein zu holen, was auch wirklich von mir geschehen war, machte er mir hierüber Vorwürfe so daß ich zuletzt, um Händeln auszuweichen, dem Kinde selbst sagte, es möge den Branntwein holen, worauf es einen halben Schoppen brachte, den er trank. Mein Mann war einmal im Zorn und händelte immer mit mir fort. Zuletzt riß er mich an den Haaren herum, worauf ich endlich die Flucht ergriff und dem Bürgermeister die Sache anzeigte. Mein Vater war von Haus abwesend und kam erst zurück, nachdem ich schon zum Bürgermeister gegangen war.

Es war um die Mittagszeit, als dieser meinen Mann holen ließ. Ich sah es von der Straße aus und ging nach Haus, wo ich meinen Vater traf und mit ihm das Mittagsmahl einnahm. Er erzählte mir hiebei, daß mein Mann sich gegen ihn wieder wüst betragen habe. Um 1½ Uhr Mittags ging ich mit meinen Kindern zur Leiche eines Kindes des alten Bürgermeisters, als mein Vater schon nach seiner Gewohnheit angekleidet auf das Bett in der Kammer sich gelegt hatte, um sein Mittagschläfchen zu machen. Als ich zwischen 3 und 4 Uhr nach Haus zurückkam und in die an die Wohnstube anstoßende Schlaf-

Digitized by Google

kammer eintrat, traf ich zu meinem Entsetzen meinen Vater in seiner noch schlafenden Lage auf dem Bette mit blutigem Kopfe todtgeschlagen an."

§. 3. Auf ihre sogleich gemachte Anzeige kam zuerst der Bürgermeister herbei, welchem alsbald der Wundarzt Fr. und der Steueraufseher R. folgten. Alle überzeugten sich von dem Tode des Erschlagenen, nämlich, daß von Rettungs-Versuchen hier keine Rede seyn könne. Indessen wurde von ihnen die nöthige Sorge getroffen, die Leiche mit allem, was sie umgab, in unveränderter Lage zu erhalten, worauf am nämlichen Abend noch eine amtliche Commission mit den Amtsärzten von M. eintraf, und so viel bei Licht noch geschehen konnte, die Legal-Inspektion vornahm und den andern Tag sie fortsetzte. Merkwürdigerweise hatte der Getödtete ganz die Lage eines Schlafenden, und alle Umstände schienen dafür zu sprechen, daß ihm die Todesstreiche, während er seinen gewohnten Mittagsschlaf machte, versetzt worden seien. Das Inspektions-Protokoll enthält im Wesentlichen Folgendes: Der Leichnam liegt völlig angekleidet auf dem Bette und zwar gegen den vordern Rand desselben. Er liegt auf der linken Seite. Der Kopf ruht auf dem linken Oberarm, während der linke Unterarm neben dem Gesicht und der Brust vornen auf dem Bett in der Art aufliegt, daß der Arm am Ellenbogen in einen rechten Winkel gebogen ist. Der rechte Arm liegt gleichfalls etwas gebogen in ruhender Stellung über der Brust, so, daß der Unterarm auf dem Bett in der Nähe des Gesichts sich befindet, wo die rechte Hand gerade unter dem Kinn aufliegt. Der Leichnam war mit einem Rock, Halsbinde, Weste, Hosen, Strümpfen und Schuhen bekleidet. Als Merkmale der an dem Verstorbenen verübten Gewalt, und daß der Tod nur durch eine solche verursacht wurde, bezeichnet der vorläufige Erfund: „Auf dem linken Oberarm liegt ungefähr 1½ Loth Hirnmasse. Die rechte Hand, welche in dem Raum des eingebogenen linken Armes unter dem Gesicht liegt, ist ganz mit geronnenem Blute besudelt, eben so ist der linke Oberarm ganz mit geronnenen Blutmassen bedeckt. Nicht minder ist an der innern Seite des linken Rockflügels eine bedeutende Blutmasse zu sehen.

Die Hauptstelle der Verwundung ist die rechte Kopfseite und insbesondere das erste Seitenwandbein. In den Kreis dieser angegebenen Knochenverletzung sind jedoch auch die benachbarten Knochentheile wie das Stirnbein und Schlafbein, gezogen. Die Wunde beginnt 3 Zoll oberhalb des rechten Ohrs und erstreckt sich 3 Zoll und 9 Linien abwärts bis zum äußern Augenwinkel, wo der äußere Augenhöhlenrand durchgehauen erscheint. Die größte Breite der Wunde, welche sich an dem obern ein Drittel der Wunde befindet, beträgt 1½ Zoll. Der Schädel ist in der angegebenen Länge und Breite total eingeschlagen und auf der bloß liegenden Hirnmasse sind zahlreiche Knochenstücke des Schädel-Gewölbes sichtbar. Die innere Untersuchung dieser Wunde weißt zugleich eine bedeutende Verwundung des Gehirns nach. Weiter wird bemerkt, daß die Verwundung der Weichtheile scharfe Ränder zeigt, mithin anzunehmen ist, daß dieselbe mit einem schneidenden Instrument stattgefunden habe."

§. 4. Das Protokoll vom folgenden Tage über die Fortsetzung des Inspektions-Geschäfts zugleich aber auch über die damit verbundene Legal-Section enthält noch weiter: „Die ganze durch die Wunde gebildete Oeffnung hatte im Allgemeinen eine dreieckige Form, wobei der obere Winkel an der Basis des Dreiecks die Gestalt eines römischen M darbietet. Von seltener Art zeigten sich die Zerstörungen im Innern des Schädels. Nach Durchsägung des letztern zerfiel der Deckel des Kopfes — beziehungsweise die Gehirnschale oder Calotte wegen der darin befindlichen Fissur in zwei Hälften. Die rechte Hälfte des Gehirns, besonders nach vornen, war größtentheils zerstört. Größere und kleinere Knochenstücke waren in dasselbe eingesenkt und durchdringende Fissuren zogen in mehrern Richtungen durch die Basis cranii dergestalt, daß der ganze Grund der Hirnhöhle beliebig hin- und her geschoben werden konnte, so, daß der Zusammenhang des Schädels in der Basis sowohl als auf dessen oberer Fläche völlig aufgehoben erschien.

Ueber diese Zerstörungen, so wie über die Lage, in welcher man den Erschlagenen fand, sind die, nach dem Urtheil des Medicinal-Referenten sehr interessanten Zeichnungen zu vergleichen, welche den Acten beigeheftet sind, und welche ein sehr anschauliches Bild von der enormen Gewalt abgeben, die an dem Getödteten mußte verübt worden sein. Derselbe war übrigens von einer ganz normalen Leibesbeschaffenheit erfunden worden. Namentlich gilt dieß von den Organen in der Brust- und Bauchhöhle.

Digitized by Google

Als muthmaßliches Werkzeug der Verletzung wurde eine in das Haus gehörige Art, welche die Frau des Inquisiten in der Küche neben dem Heerd fand, zu Gerichtshanden gebracht. Sie war ganz mit Asche überzogen, welche an dem Eisen sowohl als an dem Holz mit einer Feuchtigkeit geschwängert war, die Blut zu sein schien, das von der Asche angesogen wurde. Es befanden sich mehrere solche Flecken von verschiedener Größe an der Art, die sich jedoch in der Asche nur in unbestimmbarer Form zeigten. An einem solchen Fleck in der Mitte der Art, von der Größe eines Sechskreuzer-Stücks, welcher sich seiner röthlichen Farbe noch am deutlichsten als ein Blutfleck erkennen ließ, hing ein weißes Haar, welches an der Art anklebte. An dem hintern Theil des Arthelms zunächst der Art sowohl vorn, wo der Stiel noch etwas über die Art herausragt, als hinter dem Eisen, hiengen noch mehrere Haare von weißer Farbe, welche zum Theil durch die Flüssigkeit, die man für Blut hielt, angeklebt waren, zum Theil aber an verschiedenen kleinen Holzsplittern des Stiels festhingen. Die Art sammt dem Stiel — heißt es in dem Protokoll weiter — hat ein Gewicht von 3⅞ Pfund. Der Rücken des Hauses ist 2 Zoll 8 Linien lang und gegen den Helm zu 1½, gegen vorn aber 2 Zoll breit. Vorne befinden sich auf beiden Seiten scharfe Kanten. Ihre Länge beträgt 3 Linien weniger als 8 Zoll und jene des von Buchenholz gefertigten Stiels 3 Fuß.

Daß dieses Werkzeug, ehe die Ehefrau E. an jenem Nachmittag von Hause fort ging, und wo sie ihren Vater noch gesund verließ, nicht an dem Platze war, an dem sie es fand, als sie zurückkam, ist ein Umstand, den sie zu behaupten scheint, indem das Protokoll hierüber nicht mit hinreichender Bestimmtheit sich aussprich, weil es darin heißt: Sie habe vor ihrer Entfernung von Haus die Art gebraucht und könne mit Gewißheit versichern, solche entweder in die Küche oder in den Hausgang gestellt zu haben. Im Uebrigen fügte sie noch bei: während den zwei Stunden ihrer Abwesenheit sei Niemand als ihr unglücklicher Vater zu Haus gewesen, bei ihrer Rückkunft seien die vordern und hintern Hausthüren offen gestanden, die Küchenthüre dagegen so wie die Stuben- und Kammerthüre zugemacht gewesen.

§. 5. So fand man den Zustand in dem E'schen Hause, und wie allenthalben, wo Aufsehen erregende Verbrechen begangen werden, sich alsbald auch ein Urtheil über die Frage nach dem muthmaßlichen Thäter bildet, zumal unter den Personen, in deren Kreise die Begehung erfolgte, und welche schon zum voraus mit einem großen Theil der die Muthmaßung veranlassenden Verhältnisse und Umstände bekannt sind; so zeigte sich diese Erscheinung auch in dem vorliegenden Fall, indem Alle, mit welchen der Untersuchungsrichter sich über diesen Punkt vorläufig besprach, gleich in den ersten Stunden ihre Meinung dahin äußerten, daß Niemand anders der Thäter sei, als der eigene Tochtermann des Erschlagenen, nemlich J. E. Ja! seine eigene Frau war es, welche als die erste diese Beschuldigung schon bei ihrer Anzeige vor dem Bürgermeister aussprach, indem sie bei ihrem Eintreten in dessen Stube händeringend und schluchzend ausrief:

„Herr Jesus! jetzt hat der Spitzbube (ihren Mann meinend) meinen Vater todt geschlagen!" Jedenfalls war jetzt schon so viel bekannt, daß E. während der genannten zwei Stunden im Hause war und eine Art in der Hand gehabt hatte, denn der Zufall wollte es, daß damals gerade eine gewisse A. M. Fr. ungefähr um 3 Uhr Nachmittags auf einem nicht weit hinter dem E'schen Hause stehenden Nußbaum beschäftiget war und nun auf einmal wahrnahm, wie E. hinter dem Dorfe die Grasgärten herunter kam und dem Hause zuging. Die Zeugin sagt nun: „Er ging nah an mir vorbei, ohne mich jedoch, wie es mir schien, auf dem Baume zu bemerken. Er sprach für sich und ich verstand noch, daß er fluchte: „Gott solle ihn strafen!" Der Bürgermeister könne ihn nicht gerade so einsperren. Er sprach noch mehr, was ich nicht verstanden habe. Gleich darauf — man hätte in der Zwischenzeit kaum 2 Vater unser beten können, kam E. wieder in der Richtung von seiner Wohnung her und trug „eine gewöhnliche Holzart auf der Achsel. Als er mich auf dem Baum erblickte, kam er und sagte zu mir: ich solle seiner Frau sagen, daß er die Art mitgenommen habe, aber nicht in der Absicht, sie nicht wieder zu bringen. Er lief dann wieder gegen seine Wohnung zurück und sagte dabei noch, daß er dem ersten, welcher ihm in den Weg käme, die Art an den Kopf schlage. Dabei jauchzte er einigemal laut auf, so, daß es mir angst wurde."

§. 6. Als die Kunde von dem Vorfall in dem Dorfe sich verbreitete, so erzählte die Zeugin sogleich der E'schen Ehefrau, was sie auf solche Art wahrgenommen, und dieß brachte die letztere auch zuerst auf den Gedanken, die

Digitized by Google

vorgefundene Art als das Werkzeug der Tödtung zu betrachten und sie an den Bürgermeister zu überliefern.

Da noch hinzukam, daß E. nirgends zu sehen und von Stund an aus dem Dorfe wie verschwunden war, so lag in allen diesen Umständen Grund genug für den Untersuchungsrichter, auf ihn zu fahnden, und, nachdem nach allen Seiten hin vor Allem aber in den umliegenden Dorfschaften diese Maßregel zum Vollzug kam, gelang es, daß man den Gefahndeten noch in der nämlichen Nacht, d. i. vom 8. auf den 9. September in einem Stalle des Löwenwirths in A., wo er mit dessen Einwilligung, aber von ihm nicht gekannt, über Nacht bleiben wollte, erwischt und an das Amt M. zum Verhaft abgeführt wurde.

§ 7. Auf solche Art eilte die Untersuchung mit schnellem Schritte ihrem Ziele entgegen, denn als am Morgen darauf E. in's Verhör gebracht war, zeigte er sich sehr willig und fügsam und gestand sofort unter Thränen seine That, obgleich nicht unumwunden, also ein: „Ich habe mit meinem Schwiegervater Wortwechsel erhalten. Er lag völlig angekleidet vornen auf dem Bett auf der linken Seite und hatte seinen Kopf auf dem linken Oberarm liegen." (In dieser nämlichen Lage war er auch bei der gerichtlichen Besichtigung, s. oben). „Wie es schien, hatte er bis zu meiner Ankunft geschlafen. Ich trat in die Kammer vor das Bett und sagte zu ihm: Ist es jetzt besser, daß ihr mich wieder in Arrest gebracht habt? ich bin jetzt aus dem Arrest ausgebrochen und da habt ihr mich wieder! Hierauf antwortete er mir: „man wird dich schon an einen andern Ort hinbringen und dir helfen, liederlicher Geselle!" Hierüber gerieth ich in Zorn und sagte meinen Schwiegervater, indem ich schon unter der Thüre war, er solle mich meiner Wege gehen lassen und stille seyn, worauf er mir zurief: „geh nur, du liederlicher Geselle, man wird dich schon einholen!" Dies erzürnte mich nun vollends und ich trat von der Stube, in welche ich schon einen Fuß gesetzt hatte, wieder in die Kammer zurück, ergriff die Art, welche hinter der Kammerthüre stand, mit beiden Händen und gab damit meinem Schwiegervater zwei Streiche auf den Kopf. Auf den ersten Streich sagte mein Schwiegervater noch, ohne daß er sich im mindesten bewegt hätte: „So! habe ich das an dir verdient?" Worauf ich ihm dann noch einen zweiten Streich versetzte."

Von dieser Erzählung wich er in dem nachfolgenden Verhöre in soweit ab, daß er behauptete, sein Schwiegervater sei auf dem Bette nicht gelegen sondern aufrecht gesessen, als er den ersten Streich erhielt; auf gemachte Vorhalte aber (welche sich auf das Gutachten der Gerichtsärzte gründeten) insbesondere auf die Fragen 45—50 erklärte er: er lasse Alles gelten, was der Erfund gezeigt habe. Es sei die reine Wahrheit, daß sein Schwiegervater mit dem Kopf auf dem linken Arm gelegen sei und seine Lage auf den erhaltenen ersten Streich nicht verändert habe, eben so aber auch, daß er mit ihm (Inq.) gestritten habe, denn sonst hätte er denselben gar nicht geschlagen.

In Beziehung auf den letzten Zwist mit seiner Frau und dessen Folgen gab Inquisit an: „Morgens zwischen 6 und 7 Uhr ging ich zum Bürgermeister, um meinen Heimatschein zu holen und dann in das Kronenwirthshaus, wo ich zwei Viertel Kirschenwasser trank. — Als ich hierauf nach Haus kam, traf ich dort nur meine Frau, welche abermals mit mir darüber anfing zu streiten, daß ich sie verlassen wolle, wobei sie mich einen liedertichen und schlechten Tropf schalt. Im Zorn darüber wollte ich wieder zum Trunk meine Zuflucht nehmen und gab meinem 5 Jahr alten Mädchen 4 Kreuzer mit dem Auftrag, es solle mir ½ Schoppen Schnaps holen. Weil meine Frau es dem Kinde verboten hatte, so kamen wir abermals hinter einander, so daß ich sie an den Haaren faßte, und zobelte, worauf sie sich entfernte, mit der Erklärung, daß sie mich bei dem Bürgermeister verklagen wolle. In meinem Zorn schickte ich meinen Knaben mit 3 kr. fort, damit er dafür in der Krone ¼ Schoppen Kirschenwasser hole. Der Knabe hatte sich kaum von Hause entfernt, so kam der Wächter und holte mich zum Bürgermeister, wohin ich sogleich folgte. Auf den Weg zu des Bürgermeisters Haus begegnete mir der Knabe, welcher mir das Kirschenwasser brachte. Ich nahm ihm solches unter Wegs ab und trank es in einem Zug aus."

§. 8. Nach dem Zeugnisse des Bürgermeisters, welcher bestätiget, daß er den E. auf die Klage seiner Frau zu sich beschieden habe, kam derselbe schon etwas betrunken in sein Haus, doch war die Trunkenheit nicht von dem Grade, daß er nicht mehr gewußt hätte, was er that. Er benahm sich aber alsbald so barsch und unartig, daß der Bürgermeister ihn in das Ortsgefängniß abführen ließ. Der Polizeidiener S., welcher diese Abführung vollzog, bemerkt hierüber, daß die Trunkenheit E's auf dem Wege sich

Digitized by Google

gesteigert, daß er geflucht und über den Bürgermeister geschimpft und über seine Ehefrau, und in Bezug auf letztere erklärt habe, daß er sie todt schlage, wenn er sie erwische. Doch folgte er dem Diener ohne Widerstand in's Gefängniß, daselbst aber mit sich allein in Gesellschaft beschloß er, von dem Geiste des Branntweins aufgeregt und zugleich vom Stachel des Zornes getrieben, seiner Einsperrung durch einen gewaltsamen Ausbruch aus dem Gefängnisse alsbald ein Ende zu machen.

Die schlechte Beschaffenheit des Gefängnisses mit seinen Wänden von Brettern war seinem Unternehmen günstig, und ein Taschenmesser, das er bei sich hatte, diente ihm als Werkzeug, in eines der Bretter ein Loch einzuschneiden, um es mit der Hand fassen, und wegreißen zu können. Mit dem nämlichen Messer grub er sich dann auch ein Loch in die Mauer und erweiterte es mit den Händen so, daß er durch dasselbe hindurch schlupfen konnte. Er befand sich nun in dem Schopfe des alten Bürgermeisters, zu dem er hinausstieg und sich also in Freiheit versetzte.

Er besann sich auch nicht lange, und, um dem schrecklichen Verhängnisse dieses unglücklichen Tages anheimzufallen, ging sein Entschluß dahin, in seine Wohnung zurückzukehren, wo — wie oben erwähnt — in dieser Stunde Niemand war, als der 75 Jahr alte Mann, sein Schwiegervater. Er nahm dabei den Weg hinter dem Dorfe herum durch die Grasgärten, welche hinter dem Gemeindehaus und der hintern Straße liegen, von wo aus er auf einem Fußpfade von hinten her seiner Wohnung sich näherte und seinen Eingang durch die Küche nahm. Er trat in die Kammer, wo sein Schwiegervater auf dem Bette lag, angeblich nur in der Absicht, Jemanden aufzusuchen, um ihm zu sagen, daß er eben jetzt fortgehe in das Elsaß, selbst wenn es ohne Reise-Urkunden geschehen müßte. Was er nun in der Kammer und an seinem Schwiegervater vollbrachte, darüber hat er das bereits oben angeführte Geständniß abgelegt. Die oben beschriebene, ihm vorgezeigte Holzart hat er als das Werkzeug seiner That anerkannt, aber gegen die Angabe seiner Frau auf der Behauptung beharrt, daß die Art in der Kammer, in welcher der Schwiegervater lag, neben der Thüre gestanden sei, die ihm gerade unmittelbar vor der That in der Aufwallung des Zorns zufällig unter die Augen gekommen. „Meine Frau, sagt er, mag, als sie ausging, die Art in den Hausgang oder in die Küche gestellt haben, und es mag richtig seyn, daß mein Schwiegervater schon damals auf dem Bette lag, dennoch aber stand die Art, als ich aus dem Arrest nach Hause kam, in der Kammer gleich neben der Thüre. Möglicherweise kann ja mein Schwiegervater, wie es öfter der Fall war, in der Zwischenzeit einmal aufgestanden sein und dabei die Art wieder mit in die Kammer zurückgenommen haben. Wäre sie nicht schon da gewesen, ich hätte sie sicher nicht geholt, denn ich hatte ja, als ich nach Haus kam, nicht einmal die Absicht, meinem Schwiegervater ein Leid zuzufügen, noch weniger habe ich daran gedacht, ihn um's Leben zu bringen."

Ueber die Art, wie er sich dieses Werkzeugs dabei bediente, findet man in seinem zweiten Verhöre im Verhältniß zum ersten ebenfalls eine Abweichung der Angabe, nämlich die, daß er nach letzterem den ersten Streich nur mit einer Hand geführt haben wollte, während die erste Angabe dahin geht, daß er die Art und zwar am Ende des 3 Fuß langen Stiels mit beiden Händen ergriffen und so beide Streiche gethan habe. Auf gemachten Vorhalt ging er hievon ab mit der Erklärung: „Ich habe, wie ich das erstemal angegeben, den ersten, wie den zweiten Hieb mit beiden Händen geführt und habe eben gedacht, es würde mir nicht so schwer ausgelegt werden, wenn ich angebe, daß ich ihm den ersten Streich nur mit einer Hand gegeben hätte."

Auf einen gleichen Vorhalt über den Widerspruch des Inquisiten in Beziehung auf die Lage seines Schwiegervaters auf dem Bette gab er als Ursache an: er habe geglaubt, daß er eine gelindere Strafe bekäme, wenn er angebe, daß sein Schwiegervater aufrecht gesessen sei.

Er will übrigens nicht bestimmt wissen, ob er mit dem scharfen Theil der Art — mit der Schneide, oder mit dem Rücken darauf geschlagen habe, jedoch dem deßfallsigen Erfund der Gerichtsärzte nicht widerstreiten, sondern sich gefallen lassen, was die gerichtliche Inspektion dargelegt habe.

Was seine eigene Wahrnehmung über den Erfolg seiner auf den Schwiegervater geführten zwei Streiche betrifft, so erklärte er, auf den ersten Streich zwar schon gesehen zu haben, daß derselbe am Kopfe blute, auf den zweiten Streich aber erst wahrgenommen zu haben, daß er ihn gefährlich getroffen habe, weil das Blut her-

Digitized by Google

ausgespritzt und geschossen sei. Er habe jedoch nicht näher hingeschaut, sondern sei gleich davon gelaufen. An einer andern Stelle äußerte er: „der Schrecken hatte mich so übernommen, als ich das Blut sah, daß damit auch mein ganzer Zorn auf einmal verschwunden war. Nachher kam es mir erst, daß ich mich verfehlt habe, und daß ich am Ende gar meinen Schwiegervater todtgeschlagen haben könnte, zu welcher Befürchtung mich das Blut bewog, so wie der Umstand, daß mein Schwiegervater auf den zweiten Hieb sich gar nicht mehr bewegte. Ich rief Gott an, daß er mir verzeihen möge."

§. 9. Auf Befragen des Untersuchungsrichters über die Absicht zu tödten, welches in allen Verhören wiederholt wurde, erklärte Inquisit immer, daß er ohne Ueberlegung, ohne bestimmte Absicht, nur im Zorn, in der Wuth und Raserei — wie er sich abwechselnd ausdrückt — auch aufgeregt vom Genusse der geistigen Getränke, gehandelt habe. Auf den Vorhalt über den zweiten Streich äußerte er: aus welchem Grunde er seinem Schwiegervater noch einen zweiten Hieb gegeben habe, könne er eigentlich nicht sagen, denn er habe nicht geradezu die Absicht gehabt, ihn umzubringen. Es wurde ihm insbesondere der Vorhalt gemacht: Jeder vernünftige Mensch müsse einsehen, daß, wenn er mit einem solchen Instrument, wie die zu Gerichts-Handen gekommene Art, auf den Kopf eines Menschen schlage, und noch dazu mit solcher Stärke, wie hier der Erfolg, die Spaltung der Knochen des Kopfes gezeigt habe, und, wenn er sogar den scharfen Theil des Instruments dazu anwende, solches den Tod zur Folge haben könne und müsse. Inquisit antwortete unter Weinen: „Um Gottes Willen! was ist auch das? Ich habe gewiß eine solche Absicht nicht gehabt, das ist alles in der Raserei und Wuth geschehen, ohne daß ich vorher überlegt habe, welche Folgen meine Handlungen haben können. Mein Zorn und die Betrunkenheit waren eben Schuld daran. Ich wiederhole, daß ich nur im Zorn, ohne Ueberlegung und ohne bestimmte Absicht die That verübt habe."

Im dritten Verhör auf einen Vorhalt dieser Art brach Inquisit wieder in Thränen aus und erwiederte mit sichtbarer Bewegung (wie das Protokoll bemerkt): „Das weiß unser Herr Gott im Himmel, welchen ich zum Zeugen aufrufe, und der in mein Innerstes blickt, daß ich weder vor — noch im Augenblick der Verübung dieser That eine solche Absicht gehabt habe. Ich habe eben im Zorn und in der Raserei mit der Art auf ihn hineingeschlagen, ohne eigentlich zu wissen, welche Absicht ich dabei hatte, und ohne zu überlegen, welche traurige Folgen meine Handlung haben könnte. Erst als auf den zweiten Hieb das Blut so aus der Wunde hervorspritzte, bin ich verschrocken und habe gleich gedacht, daß es gefährlich sei."

Im Schlußverhör war wieder von der Absichtlichkeit die Rede, und das Protokoll enthält wieder eine ähnliche amtliche Bemerkung:

„Inquisit war während des ganzen Acts, wie es schien, in ziemlichem Grade bewegt, und namentlich bei den Fragen über seine Absicht trat diese Bewegung am sichtbarsten hervor, indem er dabei wiederholt tief aufathmete, und weinte."

In Beziehung auf die Ursachen, welche den Zorn und die Raserei des Inquisiten, durch die er zu seinem Verbrechen verleitet worden sein will, herbeiführten, giebt er selbst an, daß er an dem Vormittag vor der That keinen Verdruß mit seinem Schwiegervater gehabt habe, obgleich er während der Zeit, in welcher seine Frau, um ihn zu verklagen, bei dem Bürgermeister war, allein mit seinem Schwiegervater in der Stube gewesen sei; denn als er zu demselben gesagt, daß ihn seine Frau jetzt wieder verklage, habe er (der Schwiegervater) kein Wort darauf geantwortet. Gleich darauf sei dann der Wächter gekommen, um ihn abzuholen.

Aus der Schilderung seiner Verhältnisse im Allgemeinen aber, worauf er in seinem zweiten Verhör noch einmal umständlich zurückzukommen veranlaßt wurde, kann man ersehen, daß er seinen Schwiegervater als den Urfächer und Stifter seines ganzen häuslichen Unglücks und aller seiner Streitigkeiten mit ihm und seiner Tochter, zugleich damit aber auch aller seiner Verirrungen und Verbrechen hält, oder doch sich den Schein gibt, als ob er ihn dafür halte, und schiebt ohne weiteres alle Schuld auf den Schwiegervater, obgleich dieser nach dem Leumundszeugnisse der geist- und weltlichen Ortsvorgesetzten den Ruf eines rechtschaffenen und friedlichen Mannes besaß. Unter den Vorwürfen, die Inquisit seinem Schwiegervater macht, hebt er hauptsächlich hervor, daß derselbe schon der Verheirathung seiner Tochter mit dem Inquisiten entgegen gewesen, und, als von beiden

Digitized by Google

Brautleuten mit Standhaftigkeit auf ihrem Vorhaben beharrt worden sei, derselbe damals den nunmehr so schrecklich in Erfüllung gegangenen Fluch über sie Beide ausgesprochen und erklärt habe, daß er ihnen alles Unglück und allen Verdruß wünsche, den er ihnen, so lange er das Leben habe, bereiten wolle. Immer habe derselbe die Frau des Inquisiten gegen ihn aufgestiftet, was ihn geärgert habe. Als die nächsten und unmittelbaren Ursachen seines Zornes am Tage des Verbrechens bezeichnet er seine Einsperrung im Gefängniß, verbunden mit den Wirkungen des Trunkes von vielem Branntwein, und angebliche Schimpfreden, die sein Schwiegervater wider ihn ausgestoßen haben soll. Hierüber gibt er an: „Ich war allerdings nicht so betrunken, daß ich nicht mehr vernünftig hätte denken können. Es war eben mehr der Zorn und die Raserei, welche mich beherrschten, und diese wurde natürlich durch die von mir genossenen geistigen Getränke noch mehr genährt. Ich wurde darüber so zornig, daß mich der Bürgermeister sogleich zur Stube hinausgestoßen, und mich hat einsperren lassen, ohne daß ich eigentlich nur etwas Unrechtes gethan hatte." „Hätte — sagt Inquisit an einer andern Stelle — mein Schwiegervater nur nicht gescholten, so wäre das Alles nicht passirt, und, wenn er auf den ersten Hieb nicht noch einmal geschwätzt hätte, so hätte ich es dabei bewenden lassen, und ihm den zweiten Streich nicht gegeben." Auf dieß machte ihm der Untersuchungsrichter die bemerkenswerthe Instanz: „Ihr selbst gebt an, daß euer Schwiegervater, nachdem er den ersten Hieb erhalten, gesagt hätte: „So, hab ich das an dir verdient?" Nun enthält ja aber diese Aeußerung keine Beschimpfung für Euch, und ist überhaupt nicht von der Art, daß sie eure feindselige Gesinnung gegen euren Schwiegervater und euern Zorn hätte verstärken können. Was hat Euch also bewogen, euerem Schwiegervater auch noch den zweiten Streich zu geben?"

Hierüber entgegnete er: „Das erkenne ich wohl, daß diese Worte meines Schwiegervaters keine Beschimpfung und überhaupt nichts Böses gegen mich enthielten. Demungeachtet hat mich nur diese Aeußerung, und daß er eben immer noch gegen mich fortschwätzen wollte, bewogen, ihm noch einen Hieb zu geben, ohne daß ich Rechenschaft darüber zu geben im Stande wäre, was mich eigentlich daran so sehr erbittert hatte, und was ich damals gedacht habe."

Der Untersuchungsrichter hielt ihm ferner vor, daß, weil der Getödtete ganz in der Lage eines Schlafenden war, so, daß er mit Tod abgegangen zu sein schiene, ohne irgend eine Bewegung gemacht zu haben, es den Anschein gewinne, daß sein vorgeblicher Wortwechsel nur eine Erdichtung von ihm sei, und man vielmehr glauben müsse, daß dem Schlafenden *während des Schlafes* die Streiche versetzt worden seien. Diese Instanz beantwortete er wiederholt mit der Versicherung, daß bei seinem Eintritt in die Kammer sein Schwiegervater nicht geschlafen habe, und setzte bei: „Mein Schwiegervater hat oft auf diese Weise mit mir gesprochen und gezankt, während er in durchaus unveränderter Lage auf dem Bette blieb. Hier habe ich die reine Wahrheit angegeben."

§. 10. Ueber den Geisteszustand des Inquisiten und über sein Benehmen in den Verhören und im Gefängniß befindet sich ein Protokoll bei den Akten, in welchem darüber beurkundet ist, derselbe habe im Gefängniß oft große Traurigkeit, wobei er weinte und betete, gezeigt, dann wieder im graden Gegensatz davon die ausgelassenste Fröhlichkeit, wobei er sang und pfiff, und sogar herumsprang und tanzte. Doch scheine diese Fröhlichkeit mehr erzwungen zu sein, um dadurch die Stimme des Gewissens zu betäuben. So scheine es wenigstens dem Inquirenten, welcher den Inquisiten hiebei selbst von der Wohnstube des Gefangenwärters aus beobachtete.

Der Gefangenwärter bezeugt auf seine Dienstpflicht, jenes zwischen den Extremen der Traurigkeit und der anscheinenden Fröhlichkeit wechselnde Benehmen an dem Inquisiten wirklich wahrgenommen zu haben. Ganze Tage habe derselbe oft gesungen und gepfiffen, jedoch selbst einmal geäußert, daß er dies thun müsse, um sich zu zerstreuen, damit seine Gedanken eine andere Richtung bekämen. Einige Tage nach seiner Einlieferung habe Inquisit einmal geäußert, während der Barbier ihn rasirt habe: „So! jetzt rasiren Sie mich noch 40 mal und dann kommt Einer, der wird mich besser rasiren." Auch sonst habe er sich verschiedene mal scherzweise geäußert, daß er glaube, hingerichtet zu werden.

(Fortsetzung folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 12. Karlsruhe den 25. März 1843.

Todschlag

des Schwiegervaters von seinem Schwiegersohne, ein Beispiel der Stufenfolge von moralischer Verderbniß.

(Fortsetzung).

Am 22. September ließ sich Inquisit in's Verhör melden und erklärte dann: „Ich habe keine Ruhe und keine Rast mehr in dem Arrest und was ich thue, so kommt mir immer wieder die That, welche ich verübt, in den Sinn, so, daß ich oft laut aufschreien muß, um nur meine Angst zu übertäuben." Er knüpfte hieran die Bitte, ihn in ein anderes Gefängniß zu thun, wo er auch mit Jemand sprechen könne, und als ihm bedeutet wurde, daß diesem Gesuche nicht statt gegeben werden könne, daß aber, wenn er zum Trost und zur Beruhigung den Zuspruch eines Geistlichen wünsche, man dafür sorgen werde, sprach er das Verlangen aus, daß dieß geschehe, zugleich aber auch, daß seine Frau vorgeladen und ihm gestattet werden möchte, mit ihr zu sprechen, indem er sie bitten wolle, daß sie für ihn bete und seine Kinder ordentlich erziehe.

Nachdem unterm 27. September die Untersuchungsakten an den Gerichtshof eingeschickt wurden, erließ dieser am folgenden Tage eine Verfügung an das Amt, durch das Physikat über den Seelenzustand und die Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten im Allgemeinen und insbesondere in Beziehung auf die vorliegende Tödtung ein Gutachten zu erheben. Dieser Weisung zufolge begab sich der Untersuchungsrichter gemeinschaftlich mit dem Physicus zu dem Inquisiten in's Gefängniß, um auf solche Art Gelegenheit zu finden, durch Besprechung mit ihm einigen Stoff zur Beurtheilung seines psychischen Zustandes zu gewinnen. Hiebei erzählte er dem Physicus auf dessen Verlangen die ganze That mit ihren besondern Umständen genau so, wie er sie in den Verhören zu Protokoll angegeben hatte. Er gab dem Physicus auf die an ihn gestellten Fragen bestimmte und genügende Antworten und sprach sich dabei wiederholt dahin aus, daß er weder durch Betrunkenheit noch aus einem andern Grunde bei Verübung der That sich in einem solchen Zustande befunden hätte, daß er die Folgen seiner Handlung nicht hätte voraussehen und nach seiner Vernunft seinen Willen und seine Handlungen nicht hätte bestimmen können; daß er jedoch von jeher jähzornig und im Augenblick der Verübung des Verbrechens in einem solchen Zorn gewesen sey, daß er gehandelt habe, ohne vorher die Folgen seiner Handlung zu überlegen.

Ueber sein Betragen im Gefängniß, namentlich die von ihm bewiesene scheinbare Fröhlichkeit gab er auf Befragen die Erklärung, daß er stets von der Vorstellung des von ihm verübten Verbrechens gefoltert und Tag und Nacht von diesem einzigen Gedanken und den Vorwürfen, die er sich darüber machen müsse, verfolgt werde. Um diesen gräßlichen Gedanken manchmal zu verscheuchen und die Gewissensbisse zu beseitigen, gebe er sich oft alle Mühe, seinen Gedanken eine andere Richtung zu verschaffen, und zu diesem Behuf singe er dann verschiedene Lieder, pfeife die ihm bekannten Melodien, ja manchmal schreie er, um seiner Angst los zu werden, grade auf.

Das Physikat erstattete hierauf mit der Versicherung, daß es den Inquisiten nicht blos bei dieser Gelegenheit sondern auch sonst schon öfters im Gefängnisse besucht und beobachtet habe, sein Gutachten über dessen Seelen-Zustand dahin ab, daß sich keine Spur von einer auch nur vorübergehenden Seelenstörung an ihm wahrnehmen lasse und seine Zurechnungsfähigkeit nicht zu bezweifeln sei,

Digitized by Google

daß aber einige Trunkenheit und Zorn mit Gemüths-Aufregung viel zur Verübung der That beigetragen haben mögen.

Diesem ausführlich motivirten Gutachten tritt auch der Medicinal-Referent in seinem Obergutachten vollkommen bei, indem er darüber insbesondere sagt: „der Inquisit ist überhaupt als ein in moralischer Beziehung zwar in Rohheit versunkenes, jedoch mit normalen intellectuellen Fähigkeiten ausgestattetes Individuum zu betrachten". Es muß derselbe — ob er zwar die ihm angeschuldigte That unter dem Einflusse eines durch vorher genossene geistige Getränke und einen seine Leidenschaftlichkeit hervorrufenden Vorgang veranlaßten Zustandes somatisch-psychischer Aufregung vollbracht hat — dennoch und in Erwägung, daß weder dessen Selbstbewußtseyn als verdunkelt, noch sein Urtheils-Vermögen als aufgehoben, noch endlich sein Wille (Selbstbestimmungsvermögen) als gebunden betrachtet werden kann, nach actenmäßig gewordenen medicinisch-forensischen Gründen der vollen Zurechnung seiner in dem fraglichen Momente vollführten Handlung für fähig erklärt werden."

§. 11. Der Vertheidiger, indem er bei den übereinstimmenden Gutachten der Gerichtsärzte über die absolute Tödtlichkeit der Kopfverletzungen des Fr. P. den Thatbestand der Tödtung ohne Anstand zugiebt und bei dem vorliegenden Geständnisse des Inquisiten gegen seine Urheberschaft der That nicht den leisesten Zweifel zu erregen wagt, sucht seine Vertheidigung hauptsächlich darauf zu gründen, daß der Inquisit die Absicht zu tödten nicht eingestanden habe, also jedenfalls das Verbrechen des Verwandten-Mords hier nicht vorliege. Zwar gebe die Beschaffenheit des zur Verwundung des Getödteten gebrauchten Werkzeugs und die eingestandene Art und Weise der Verübung des Verbrechens mittelst zweier sehr kraftvoller, mit beiden Händen geführter Hiebe nach der Beschaffenheit der Wunde mit der Schärfe der Art allerdings einige Warscheinlichkeit für die Absicht der Tödtung, ein genügender Beweis sei aber darin nicht zu finden, die Tödtung sei daher nur eine im Affect, d. i. aus Jachheit und Zorn begangene. Hätte auch — wie die Aerzte glauben und worauf der Untersuchungsrichter inquirirt habe — der Getödtete den Schlag im Schlaf empfangen, so wäre damit die Annahme, daß das Verbrechen aus Jachheit geschehen, nicht ausgeschlossen, da zu derselben nicht nothwendig eine in der Handlungsweise des Getödteten liegende Veranlassung gehöre, vielmehr auch der bloße Anblick einer Person in Verbindung mit andern Umständen einen solchen Affect herbeiführen möge. Erwäge man den durch so große Quantität geistiger Getränke und durch vermeintlich erlittenes Unrecht gereizten Zustand des Angeschuldigten, vermehrt durch die körperliche Anstrengung beim Ausbruch aus dem Bürgergefängniß; bedenke man, daß er erst in diesem den Rausch recht verspürt habe; daß er auf dem Wege aus dem Gefängnisse nach Haus, zufolge der Aussage der Zeugin Fr., über die ihm vom Bürgermeister widerfahrne Behandlung fluchte; daß er glaubte, sein Schwiegervater sei die Ursache seines unglücklichen ehelichen Verhältnisses; daß ihm beim Ansehen desselben dessen Fluch am Tag seiner Verehelichung und die vielen von ihm herrührenden Anfreizungen zum Streit mit seiner Frau vorgeschwebt haben mögen; so sei es leicht begreiflich, daß auch ohne wörtliche Aufreizung von Seite des Getödteten der Affect des Inquisiten, in dem er gehandelt zu haben behaupte, habe entstehen können. Der Vertheidiger setzt dann in Bezug auf die Frage: was denn eigentlich die Absicht des Inquisiten bei der an seinem Schwiegervater verübten Gewalt gewesen sey? noch bei: Der Mangel eines andern Werkzeugs, als das der Art im Augenblick der That und der Aufregung lasse immer noch die Annahme einer blos auf Verwundung gehenden Absicht zu, wenn überhaupt gerade eine bestimmte Absicht in einem solchem Falle gedacht werden müsse und nicht vielmehr durch das nach der That erfolgte Jauchzen des Inquisiten ein Zustand der Raserei hergestellt wäre. Die Defension schließt daher mit dem Antrag: gegen ihn weder die Strafe des Todschlags noch die des Mordes zu erkennen".

§. 12. Der Vortragserstatter hat auf ein Urtheil angetragen: daß J. E. der muthwilligen „aus Jachheit oder Zorn verübten Tödtung des Fr. P. für schuldig zu erklären und deßwegen zu einer 15 jährigen in Br. zu erstehenden Zuchthaus-Strafe und zu Tragung der Untersuchungs- und Straferstehungskosten zu verurtheilen sei, die Gründe zu diesem Antrage sind folgende:

„J. E. von B. hat in allen mit ihm abgehaltenen Verhören das Geständniß abgelegt, daß er am 8. September v. J. Nachmittags seinem Schwiegervater Fr. P. —, während er in der an die gemeinschaftliche Wohnstube anstoßenden Kammer auf dem Bette lag, mit einer dort zur Hand genommenen Art zwei Streiche auf

Digitized by Google

die rechte Seite des Kopfes versetzt habe mit der von ihm noch vor seiner Entfernung von dem Thatplatze wahrgenommenen Wirkung, daß auf den zweiten Streich das Blut hervorspritzte und sich der Geschlagene nicht mehr bewegte.

Bei der noch an demselben Abend begonnenen und am Tag darauf fortgesetzten Legal-Inspection und Section, welcher Act nach Ausweis der Gerichts-Protokolle in gesetzmäßiger Form aufgenommen ist, ergab sich ein mit den Bekenntnissen des Angeschuldigten vollkommen übereinstimmender Erfund darin, daß 1) die mit vielem Blute befleckte, noch auf dem Bette in der gleichen Lage, wie sie nach der Angabe des Beschuldigten im Momente der verübten That war, befindliche Leiche des Fr. P. auf der rechten Seite des Kopfes eine große, am äußern Augenwinkel beginnende, sich über die Schläfe und Seitenwand-Gegend hinziehende, in dem Protokoll ihrer Form und Beschaffenheit nach näher beschriebene Wunde an sich trug, welche nicht nur die Weichtheile durchschnitten hat sondern mit völliger Spaltung des Schädels selbst bis tief in die Hirnmasse eingedrungen ist, daß ein Theil der letztern neben der Leiche auf dem Kopfpolster lag; 2) daß sich im Innern des Schädels die Hirnmasse wie zermalmt und der ganze Knochenbau des Schädels zertrümmert darstellt; 3) daß die Wunde ganz das Aussehen hatte, um annehmen zu können, daß sie mit einem schweren harten und mit scharfen Kanten versehenen Instrument, wie die Art eines ist, verursacht worden sey, und 4) daß man in der Küche des P'schen Hauses eine Art vorfand, an der noch deutlich Spuren von getrocknetem Blute und selbst von angeklebten Haaren, die den Kopfharren des Erschlagenen gleich sahen, erkannt werden konnten, ungeachtet die Art fast ganz mit Asche bedeckt war, vermuthlich in der Absicht des Thäters, die Spuren zu vertilgen.

Das Gutachten der Gerichtsärzte geht einstimmig dahin, daß diese an dem Getödteten vorgefundenen Verletzungen nur durch die Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt eines Menschen habe bewirkt werden können, daß in ihnen die zureichende und alleinige Ursache des Todes des Fr. P. liege, sie somit (?) unbedingt nothwendig tödtlich (absolute lethales) seien. Indem nun der Angeschuldigte zufolge des angeführten Geständnisses die Person ist, von welcher jene Gewaltseinwirkungen herrühren, und welcher namentlich angiebt, daß er bei Führung der Streiche nach dem Kopfe des Getödteten die Art mit beiden Händen an dem dieser entgegengesetzten Ende des Stieles gehalten, und nicht darauf geachtet habe, ob er mit dem schneidenden oder mit dem andern Theil treffen würde, so ist damit hergestellt, daß er der Urheber der Tödtung sei, denn ein Grund, in die Wahrheit seiner Aussagen Zweifel zu setzen, ist nicht vorhanden, noch haben die Resultate der Untersuchung irgend einen Anlaß dazu gegeben. Aus freiem und selbsteigenem Antriebe hat er sich dazu entschlossen, sein Geständniß ist beharrlich, mehrfach wiederholt, im Schlußverhör bestätigt und in Allem, was für die Beurtheilung erheblich ist, mit sich selbst übereinstimmend, und sein Benehmen während seinen Verhören, wie auch in dem Gefängnisse die Dauer seiner Verhaftung hindurch so, daß man daraus entnehmen kann, daß nur Reue und Gewissensdrang die Beweggründe sind, die ihn zur Ablegung seines Geständnisses bestimmt haben. Eine Stütze der Glaubwürdigkeit findet dieses auch noch darin, daß er nach seinem bisherigen Lebenswandel, nach der Beschaffenheit seines überaus schlechten Leumunds, nach der moralischen Versunkenheit seines Charakters, und besonders auch nach Maaßgabe seiner übel gestimmten Gesinnungen wider die Person des Getödteten und des Verhältnisses vieler Zwietracht und Mißhelligkeit, in dem er schon seit einer Reihe von Jahren zu ihm gestanden ist, unzweifelhaft als eine Person betrachtet werden muß, zu der man sich einer solchen That, wie die eingestandene, wohl versehen kann. Seine Angaben verrathen überdieß eine Kenntniß von Umständen in Betreff der Lage, in der sich der Erschlagene im Augenblick der ihm versetzten Streiche befunden haben muß, so wie des Körpertheils, an der sich die tödtliche Verletzung fand, und auf welchen die Streiche geführt wurden, und des dabei gebrauchten Werkzeuges, daß daraus in Verbindung mit der Rücksicht auf die Thatsache seiner alsbald nach Verübung des Verbrechens erfolgten Flucht zu ersehen ist, daß kein Unschuldiger eine solche Kenntniß haben könnte. Noch bedeutender aber ist der Umstand, daß der Angeschuldigte zu der Stunde, in welcher die Tödtung P—s vor sich ging, von der hinter dem Hause in Geschäften verweilenden Zeugin A. M. Fr. gesehen wurde, wie er in Eile und mit einem ihr auffallenden Benehmen durch die Gärten daher kam, durch die hintere Thüre des Hauses hinein ging, dann nach einem Aufenthalt von ungefähr

Digitized by Google

einer halben viertel Stunde mit einer Art wieder heraus kam, und hierauf noch einmal mit dieser, welche nach ihrer Wahrnehmung jetzt noch blank aussah, wieder in das Haus zurücklief, ein Umstand, der unzweideutig darauf hinweist, daß dieses der Moment war, wo er die an der Art befindliche Blutspuren zu vertilgen suchte, indem er sie in einen Aschenhaufen steckte und sie hierauf in dem Zustande, in welchem sie gefunden wurde, neben dem Heerd in der Küche stehen ließ.

Ist demnach die Gewißheit vollkommen hergestellt, daß der Angeschuldigte den F. P. getödtet hat, so kommt nunmehr bei der Beurtheilung dieser That Alles nur darauf an:

A. Ob sie von ihm im zurechnungsfähigen Stande verübt worden?

B. Ob die Tödtung für eine vorsätzliche oder blos muthwillige aus Jachheit oder Zorn zu erachten?

C. Ob in dem einen oder dem andern Falle die ordentliche oder eine von dieser abweichende Strafe zu erkennen sei?

§. 13. Anlangend zu A, die Frage der Zurechnungsfähigkeit, so treffen nicht nur alle Wahrnehmungen und Beobachtungen, die man von Seite des Untersuchungsrichters und des Physikats während der Untersuchung über das Leben des Inquisiten und über seinen Seelenzustand gemacht hat, darin überein, daß sein geistiges Wesen in völlig normalem Zustande sich befinde, und sich keine Spur von irgend einer krankhaften Störung des Seelenvermögens an ihm gezeigt habe, sondern es sind auch die über sein Leben vor der Untersuchung und vor der Verübung des den Gegenstand derselben bildenden Verbrechens eingezogene Kundschaften und Nachrichten von der Art, daß sie nicht den mindesten Grund zu irgend einem Zweifel wider die Annahme einer vollkommen gesunden Geistesbeschaffenheit darbieten. In dem Gefängnisse hat der Angeschuldigte oft im Wechsel mit der tiefsten, bis zur Trostlosigkeit gehenden Traurigkeit und Niedergeschlagenheit, zugleich wieder Stunden- und Tage lang eine fast bis zur Ausgelassenheit gehende Heiterkeit und Fröhlichkeit gezeigt. Bei der hierüber gepflogenen Nachforschung aber hat sich ergeben, daß dieses nur ein von ihm erkünstelter Zustand war, zu dem Zwecke, um sich Ruhe, oder wenigstens Linderung zu verschaffen gegen den Schmerz der Gewissensbisse, in den er oft durch die Erinnerung an seine That bis zu einem — nach seiner Versicherung — unerträglichen Grade versetzt war. Er selbst spricht sich darüber mit Ruhe, mit Besonnenheit und klarem Bewußtsein aus, nämlich, daß die angenommene Munterkeit und die nachgemachten Zeichen und Mienen eines lustigen Sinnes nach seiner Absicht nur ein Mittel sein sollten, ihm das Unglück seiner Lage in der Einsamkeit des Gefängnisses erträglich zu machen. Weit entfernt also, daß man in diesem Benehmen ein Symptom für das Dasein einer die Willensfreiheit aufhebenden oder störenden Krankheit der Seele finden könnte, muß man vielmehr darin die Anlage eines gesunden Verstandes und der Kraft eines festen Willens erkennen, und, wenn es richtig ist, daß er schon gleich nach der That (woran er sich jedoch nicht erinnern zu können behauptet, von der A. M. Fr. aber bestimmt ausgesagt wird) laut aufgejauchzt habe, so beweist auch diese Handlung in gleicher Art, wie jenes Betragen im Gefängnisse nichts anders, als die jetzt schon sich offenbarende Tendenz, mit dem Zeichen des Frohsinns die strafende Stimme des Gewissens zu übertäuben.

Der Inquisit führt in seinen Verhören wohl auch an, daß er die That in einem Zustande der Aufregung durch geistige Getränke begangen habe, fügt aber selbst und zu wiederholten Malen bei, daß er nicht berauscht, d. h. von den Folgen dieses Genusses nicht so angegriffen gewesen sei, daß er nicht mehr mit Besinnung und mit Willensfreiheit hätte handeln können. Und mit diesem Urtheil über sich selbst, welches er sogar seinem Vertheidiger nicht vorenthielt, stimmt auch die Aussage aller der Zeugen überein, welche ihn in den Stunden unmittelbar vor und nach der That beobachten zu können, in dem Fall waren. Nach Allem dem erscheint also das Gutachten der Gerichtsärzte, daß der Angeschuldigte sein Verbrechen im Zustande der Zurechnungsfähigkeit verübt habe, als wohl begründet.

§. 14. Dagegen behauptet er aber ad B standhaft, daß er nicht die Absicht gehabt habe, seinem Schwiegervater das Leben zu nehmen, sondern daß die That von ihm nur in der Aufwallung eines bis zur Wuth und Raserei gesteigerten Zornes, somit in einem Affect geschehen sei, wornach er außer Stand gewesen sein will, mit Ueberlegung und mit Rücksicht auf die mög-

Digitized by Google

lichen Folgen seines Handelns seinen Willen zu leiten und zu bestimmen. Es ist nun bezüglich auf den Punkt dieser dem Geständnisse als ein davon unzertrennlicher Bestandtheil beigegebenen Einschränkung so viel erhoben und richtig gestellt, daß der Inquisit ein Mann von jähzornigem Temperament ist, daß er sich am Morgen vor der Tödtung P—s schon von der Frühe an dem Genusse des Branntweins in nicht unbedeutender Quantität hingab, und ihn bis gegen Mittag fortsetzte; daß er dadurch, wenn auch nicht im eigentlichen Sinne berauscht, doch im hohen Grade durch diesen Genuß erhitzt und aufgeregt war, daß er, voll Verdruß und Aerger über sein häusliches Zerwürfniß mit seiner Frau und dem bei ihm in der Wohnung gewesenen Schwiegervater, wie auch schon am Abend vorher den Entschluß gefaßt hatte, sein Hauswesen ganz zu verlassen, und sich in die Fremde zu begeben, daß er an jenem Vormittag seiner Frau dieses ausschweifende Projekt eröffnete und sie sich mit einem solchen Unwillen dawider ausließ, daß sein Zorn darüber bis zu der Stufe von thätlicher Vergreifung und Mißhandlung hinanstieg und er sie an den Haaren in der Stube herumriß, worauf dieser Vorfall damit endete, daß er, noch ehe es Mittag ward, auf ihre wegen dieser Unbild erhobene Klage vor den Bürgermeister geführt, und von dortaus alsbald in das Ortsgefängniß gesetzt wurde. Nach dem Zeugnisse des ihn in dasselbe begleitenden Polizeidieners machte er diesen Gang mit sichtbarer Zunahme seiner Trunkenheit und beschloß ihn unter Fluchen und Schimpfen über seine Frau, die er todschlage, wenn er sie erwische — und über den Bürgermeister, und als er darauf in der Meinung, daß diese Maaßregel mit Unrecht wider ihn verhängt sei, und darum doppelt erbittert, nach kurzem Aufenthalt das Gefängniß erbrochen hatte, hörte ihn auch M. A. Fr., wie er fluchend und grollend über den Bürgermeister seiner Wohnung zuging, um jetzt mit seinem auf dem Bette liegenden Schwiegervater zusammen zu treffen, dem er nach seiner Angabe (oder auch sonst Jemanden, den er in dem Hause antreffen würde) nur sagen wollte, daß er nun dennoch sein Vorhaben, wegzuziehen, ausführe. Wie wenig bei diesem unglücklichen Zusammentreffen mit dem alten P. — dazu gehörte, um sein ganzes schon in der stärksten Aufregung befindliches Gemüth wider ihn aufzureizen, läßt sich mit leichter Mühe erkennen, wenn man allenthalben aus den mit ihm abgehaltenen Verhören entnimmt, daß er denselben von Ursprung an als den alleinigen Urheber und Stifter all seines häuslichen Unglücks ansieht, und, da er eben jetzt wieder eine Drangsal dieser Art mit seiner Frau, sogar mit Gefängniß, erstanden hatte, und er ihn folglich auch hievon als den — wenigstens mittelbaren — Urheber, oder entfernten Ursächer betrachten konnte, so ist es ein ganz natürlicher und nahe liegender Gedanke, daß ihm schon der bloße Anblick dieses Mannes, mithin selbst, wenn er geschlafen hätte, hinreichen konnte, seinen schon mitgebrachten Zorn auch auf ihn, wie auf seine Frau und den Bürgermeister bereits geschehen war, zu lenken, und ihn bis zu den Ausbrüchen der grausamsten und brutalsten Gewaitthat zu reizen und fortzureißen. Um wie viel mehr aber konnte es geschehen, daß der Affect einen solchen, bis auf's äußerste gehenden Grad erreichte, wenn die Angabe des Inquisiten wahr ist, daß der That noch ein Zweigespräch vorherging, in welchem er von P. auf's Empfindlichste beleidigt wurde, ohne daß er selbst ihm auf solche Art begegnet war. So vereinigt sich also in einem Zusammenhang von mehrern miteinander übereinstimmenden Thatsachen eine genügende Anzahl von Inzichten, um anzunehmen, daß die von dem Inquisiten verübte Tödtung, seiner dem Geständnisse hinzugefügten Beschränkung gemäß, nur aus Jachheit oder Zorn geschehen ist,

(Art. 5 der landesherrlichen Verordnung vom 20. Dezember 1805. Regierungsblatt Nr. 37.)

und, wenn auch der Affect die Möglichkeit einer auf Tödtung gerichteten Absicht nicht ausschließt, so muß dennoch in dem vorliegenden Falle anerkannt werden, daß dieselben Gründe, welche dafür sprechen, daß der Inquisit im Affect gehandelt habe, auch gegen die Annahme sind, daß die Handlung in der Absicht, zu tödten, begangen worden sei; denn, indem es zum Wesen einer jeden Gemüthsbewegung von solcher Art gehört, und sie hauptsächlich ihre Wirkung darin äußert, daß sie dem Handelnden keine Zeit läßt, zu reflectiren, — sich die möglichen Folgen der Handlung vorzustellen, Zweck und Mittel miteinander zu vergleichen, und sein Vorhalten darnach einzurichten, muß man es auch für ein glaubhaftes Moment der Vertheidigung von Seite des Angeschuldigten halten, wenn er in allen seinen Verhören behauptet, daß er in dem Augenblick, als er dem P. — die Streiche versetzte,

Digitized by Google

nicht von dem Bewußtsein begleitet war, daß der Tod desselben aus dieser Handlung zu erwarten sei (vergl. Art. 4 der angef. Verordnung).

Die Gerichtsärzte erkennen es für höchst wahrscheinlich, daß wenigstens einer dieser Streiche mit dem scharfen Theil der Art bewirkt worden sei. Nehme man nun an, daß ein Thäter geflissentlich und mit kaltem Blute und ruhiger Ueberlegung gerade ein solches Instrument zur Mißhandlung gewählt, es geflissentlich und wohl überlegt gerade auf diese Art und mit diesem bestimmten Maaße von Kraftaufwand gebraucht und es absichtlich gerade nach der Stelle des Kopfes dirigirt hätte, welche eben diejenige ist, wo die Lebensberaubung, insofern sie die Wirkung von Schlägen und Hieben sein soll, bekannten Erfahrungen gemäß am schnellsten und sichersten bewerkstelligt werden kann, so würde man allerdings kein Bedenken zu tragen haben, unter solchen Voraussetzungen von der Unterstellung auszugehen, daß der Urheber einer solchen That bei Verübung derselben nothwendig einsehen, also von dem Bewußtsein begleitet sein mußte, daß der Tod des Andern die unausbleibliche Folge davon sein werde.

Allein! anzunehmen, daß der Inquisit so gehandelt habe, und so habe handeln können, und einer solchen Ruhe, Besonnenheit und Ueberlegung fähig gewesen sei, während doch die stärksten und dringendsten Inzichten darauf hinweisen, daß er sich in dem Zustande der heftigsten Aufregung und des Affectes befunden habe, wäre ein Widerspruch mit sich selbst und mit der ganzen Wesenheit und Wirksamkeit dieses Zustandes. Es kann daher nicht als erwiesen betrachtet werden, daß sich der Inquisit der absichtlichen Tödtung schuldig gemacht habe, wenn es gleich nicht an Gründen fehlt, die man unter andern Umständen dafür geltend machen könnte, und wohin namentlich nicht blos seine feindselige Stimmung gegen den Erschlagenen, sondern und vorzüglich auch die jedesmal in ganz auffallender Weise zum Vorschein gekommene Rührung und Gewissensaufregung zu zählen ist, wenn und so oft das Verhör die bedeutungsvolle Frage nach der Absicht in Anregung gebracht hat.

§. 15. Zu C. Bei Bestimmung der zu erkennenden Strafe wäre es vor Allem ein Gegenstand von hohem Interesse und von hoher Wichtigkeit, bestimmt und mit sicherer Erkenntniß zu wissen, ob der Tödtung wirklich ein Wortwechsel zwischen dem Getödteten und dem Thäter, wie er behauptet, in der Art vorausgegangen, daß er dabei durch zweimal wiederholte Schimpfreden von ihm beleidigt worden sei, ohne daß er selbst zuerst einer ihn beleidigenden Rede sich bedient hätte; denn alsdann müßte man den Getödteten als den Urheber des Streites ansehen, in dem Sinne, wie nach §. 71 lit. c des Edicts dieses Wort zu verstehen ist. In diesem Punkte aber fehlt es an allen und jeden Beweisen, und selbst die schlafende Situation des Getödteten kann nicht mit Sicherheit darthun, daß er derselben ungeachtet nicht dennoch vor seinem Lebensende noch gesprochen habe. Bei einer solchen Sachlage bleibt demnach nichts anders übrig, als die für den Angeschuldigten günstigere Meinung anzunehmen, und also das Geständniß desselben mit der ihm einverleibten Modifikation und ohne Trennung dieses ihm vortheilhaften Punktes von dem Nachtheiligen dem Urtheil zum Grund zu legen. Muß man daher nach diesem Grundsatze und nach dieser Ansicht die Sache so betrachten, als ob es gewiß wäre, daß nicht der Inquisit, sondern der Getödtete der Urheber des Streites war, so gelangt man dadurch von selbst zur Folge, daß nach §. 72 lit. b und §. 71 lit. c vergl. mit §. 93 des Strafedicts die Strafe des Schwerts, als die ordentliche (§. 72 lit. a) hier nicht zur Anwendung kommen kann.

Zwar mangelt es nicht an Richtern, welche das Gesetz so auslegen, daß darnach die Bestimmung des §. 71 lit. c des Strafedicts wegen der Vorschrift des §. 71 lit. d auf das Verbrechen der Tödtung keine Anwendung leiden soll; diese Auslegung hat jedoch in Betracht, daß die Regel des §. 72 lit. b ohne Grund beschränkt würde, wenn man sie nicht eben so gut auch auf die Norm unter lit. c des §. 71, wie auf die übrigen bezöge, kein zureichendes Motiv für sich.

(Jahrb. d. großh. Oberhofg. N. F. 2ter Jahrg. S. 230—233.)

Aus diesen Gründen konnte nach §. 40 der Erläuterungen zum Strafedicte nur auf eine dem richterlichen Ermessen unterstehende Zuchthausstrafe erkannt werden.

§. 16. Ansicht und Beurtheilung des Einsenders.

Inquisit hat in allen Verhören, insbesondere auch im Schlußverhör vor Urkundspersonen das gerichtliche Geständniß abgelegt und bestätigt, seinem Schwiegervater, der wegen seines gewöhnlichen Mittagsschlafs angekleidet

Digitized by Google

auf dem Bette in der Kammer lag, mit der Holzart, die er mit beiden Händen am Ende des Stiels gehoben, zwei Streiche hinter einander auf die nämliche Stelle des Kopfes, — die rechte Schläfe-Gegend — versetzt zu haben. Die Lage des entseelt auf dem Bette angetroffenen Fr. P. und der gerichtsärztliche Erfund, so wie auch die Ansicht der vorhandenen mit Blut und Haaren des Erschlagenen beklebten Art stimmen mit den Geständnisse des Inquisiten überein. Da durch die gewaltsamen Streiche, wovon wenigstens eine mit dem scharfen Theile der Art — mit der Schneide geführt worden, der Kopf im eigentlichen Sinne gespalten und zerschmettert worden ist, so konnten die Gerichtsärzte die vorgefundenen Verletzungen am Leichnam nicht anders als für absolut und augenblicklich tödtlich erklären.

Das Geständniß der That vom Inquisiten hat die formelle Gültigkeit und — abgesehen von den zur Entschuldigung angeführten Zusätzen, wovon weiter unten die Rede seyn wird — die materielle Wahrheit für sich, denn diese geht aus der Beschaffenheit der That so wie aus allen sie begleitenden Umständen hervor, daher auch der Vertheidiger in Beziehung auf diesen Thatbestand nicht den geringsten Zweifel zu erheben versucht hat. Mit Umgehung der einzelnen Momente und mit Beziehung auf die vollständige Darstellung derselben im Vortrage stimme ich sowohl in dieser Hinsicht als auch über die Annahme des zurechnungsfähigen Zustandes, in welchem die Tödtung vom Inquisiten verübt worden, der Ansicht und Ausführung des Vortragserstatters vollkommen bei.

Dagegen trage ich ad B, des Vortrags Bedenken, der Ansicht beizutreten, daß die Tödtung für eine blos muthwillige aus Jachheit und Zorn zu erachten sei; und ad C, bin ich nicht der Meinung, daß der im Vortrag unterstellte, aus Analogie des §. 71. lit. c des Strafedicts angewandte Milderungsgrund hier vorhanden und deßwegen von der gesetzlichen (Todesstrafe) abzugehen sei.

§. 17. ad B, Unser noch geltendes Strafedict vom 4. April 1803 hat über die verschiedenen Gattungen von Tödtung des Menschen keine Begriffs- und keine besondere Straf-Bestimmungen gegeben, sondern im §. 72. im Allgemeinen auf die Artikel CXXX — CC der P. G. O. mit der Erklärung verwiesen, daß für jene Fälle, welche sich nach dem Gesetz dazu eignen, die Todesstrafe als die ordentliche beibehalten werde, in jedem dazu nicht geeigneten Fall aber das vernünftige Ermessen des Richters bestimmen müsse, wie weit von dieser ordentlichen Strafe herabzusteigen sei, wobei ihm die Norm über die Bestrafung der Verwundung zum hinlänglichen Maaßstab des Ermessens diene, sobald er nur nicht außer Augen lasse, daß ein versuchter Todschlag unter übrigens gleichen Umständen der Person und der That immer merklich schwerer als das Verbrechen der Verwundung bestraft werden müsse.

Der vorangehende §. 71, welcher die Strafbestimungen der Verwundung zum Gegenstand hat, erstreckt seinen Inhalt auf die Tödtung nur in so weit, daß er ad d, für den Fall, wenn „nachmals" der Tod des Verwundeten eintritt, sagt: das Verbrechen gehöre gar nicht hieher sondern unter die Klasse der „vorbedachten oder muthwilligen oder schuldhaften" Todschläge; ferner ad e und f desselben §. 71 von dem Versuch der Tödtung handelt und aus dem Gebrauche eines allgemein tödtlichen Werkzeugs, d. h. eines solchen, „das nicht nur seiner Verfertigung nach zum Angriff oder zur Vertheidigung bestimmt ist, sondern wobei auch, wenn es einmal in Bewegung gesetzt ist, der Thäter an der Direction der Wirkung nichts mehr in seiner Gewalt hat (als z. E. Schießgewehre, Gifte)" die „indirecte" Absicht zu tödten ableitete.

Das Gesetz vom 20. Dezember 1805 als Erläuterung der §§. 71 und 72. des Edicts über die Strafgerechtigkeitspflege macht eine Unterscheidung zwischen vorsätzlicher Tödtung und der blos muthwilligen aus Jachheit und Zorn, indem sie folgende Begriffsbestimmungen davon giebt: „als Vorsätzliche und muthwillige Tödtung" ist derjenige Todschlag anzusehen, wovon der Thäter durch glaubliches Geständniß oder gesetzmäßige Beweismittel überwiesen ist, daß er vor oder bei der unerlaubten Handlung, woraus der Tod erfolgt ist, die Absicht gehabt habe, damit den Andern um's Leben zu bringen, oder mit andern Worten: da die Absicht im strengen Sinne außerhalb dem Erkenntnißkreis des irdischen Richters ruht, — wovon rechtlich hergestellt ist, daß vor oder bei der Handlung das Bewußtsein den Thäter begleitet habe, daß aus seiner Handlung der Tod des Andern zu erwarten sei.

Als blos muthwillig aus Jachheit und Zorn begangen ist derjenige Todschlag zu achten, wovon der Thäter überwiesen ist, daß er vor oder bei der unerlaubten

Digitized by Google

Handlung, woraus der Tod erfolgt ist, die Absicht gehabt habe, dem Andern ein Leids zuzufügen, und, obwohl ihn das Bewußtsein, daß der Tod daraus zu erwarten sei, nicht begleitete, er jedoch mit Anwendung gemeinen Menschen-Verstandes hätte einsehen können, daß, so wie er die Handlung unternehme, es nicht in seiner Macht stehe, eine bis zum Ertödten fortschreitende Wirkung zu verhüten, wo folglich eine rohe Unbesorgtheit um Menschen-Leben als der veranlassende Grund des Todschlags zu der Absicht, dem Andern Leids zuzufügen, hinzugekommen ist.

Die Benennung dieser Eintheilung von Arten der Tödtung möchte wohl nicht dem Begriffe von Todschlag überhaupt genau entsprechen, da ein gesetzliches und wesentliches Merkmal des Todschlags gerade darin besteht, daß er in der Jachheit (Jähheit) begangen wird. Das altdeutsche Wort Jachheit heißt so viel als Gemüthsbewegung, unwillkührliche Aufwallung und Exaltation des Gefühls, — Affekt. Durch dieses Merkmal unterscheidet sich Todschlag von Mord, dessen Charakter sich durch besonnene Ueberlegung durch Vorbedacht des Thäters auszeichnet.

Der Affekt schließt zwar den Vorsatz zum Verbrechen nicht aus, es fallen aber der Entschluß zur That und die Ausführung desselben in Einen Moment, wenigstens ist zwischen beiden kein hinlänglicher Zwischenraum, der eine besonnene Ueberlegung gestattete. — Man sehe Henke Handbuch d. Cr. R. 2 Thl. S. 72 u. f. — Mathiä empir. Psychologie S. 47. — Entweder hat nun der Thäter die Absicht wirklich gehabt, den Andern zu tödten, oder er hat sie nicht gehabt, aber dennoch den Todschlag begangen. Im ersten Fall ist die Tödtung eine absichtliche, gleichbedeutend mit vorsätzliche; im zweiten Falle eine schuldhafte (culpose) oder wie sie in der neuern Theorie und Gesetzbüchern (auch in dem badischen Gesetz-Entwurfe) genannt wird, eine Tödtung aus Fahrlässigkeit. Ein Drittes, oder eine weitere Unterabtheilung ist logisch nicht möglich, daher auch die alte Theorie nach Nettelbladt, welche den Vorsatz in unmittelbaren (dol. directus) und mittelbaren, oder entfernten (dol. indir.) eintheilt, offenbar unrichtig ist, in sofern diese Eintheilung auf die Gesinnung und das Begehrungsvermögen des Verbrechers bezogen wird. *)

So wie aber der Vorsatz verschiedene Grade der Stärke hat, je nachdem er — wie oben erwähnt — mit Besonnenheit, Ueberlegung und Vorbedacht gefaßt oder nur in der plötzlichen Gemüthsaufregung, im Zorn, entstanden ist, so hat auch die Fahrlässigkeit (die Verschuldung nicht als das genus — *reatus* sondern als die species — *culpa* — gemeint) noch viel mehrere, ja! so viel, als einzelne Fälle, verschiedene Abstufungen, von denen der höchste Grad die Grenze des Vorsatzes gleichsam berührt. Daher auch die alte Eintheilung in direkten und indirekten Vorsatz und die Gleichstellung in der Stufenleiter des mittelbaren Vorsatzes mit grober Verschuldung (in der Gesetzes-Erläuterung vom Jahr 1812) kommen mag. Hieraus ist a) unter der ersten im Gesetze vorsätzlich und muthwillig genannten Art von Tödtung jene zu verstehen, welche vom Thäter zwar mit Absicht — Vorsatz — Willensbestimmung zum Erfolg — aber ohne vorausgegangene besonnene Ueberlegung — ohne Vorbedacht — begangen worden ist. Dagegen b) kann unter der blos „muthwilligen Tödtung aus Jachheit oder Zorn" nur eine solche aus Fahrlässigkeit, aber von dem höchsten Grade grober Verschuldung — wie die Erläuterung sagt — (culpa lata, quae aequiparatur dolo) gemeint seyn. Daß bei dieser Art von Tödtung das Gesetz den höchsten Grad von Schuld (culpa) unterstellt, ist schon daraus zu schließen, daß solche eben so wie die vorsätzliche Tödtung mit der ordentlichen Strafe bedroht ist.

Das wesentliche Unterscheidungs-Merkmal zwischen diesen beiden Arten von Tödtungen liegt also in dem Bewußtsein des Thäters von der Wirkung (dem Erfolge) seiner Handlung im Beginn oder während derselben. Das Bewußtsein wird mit den Ausdrücken: „Absicht" — „Vorsatz" (dolus) gleichbedeutend genommen. Bei der vorsätzlichen Tödtung hat der Verbrecher dieses Bewußtsein, bei der Tödtung aus Jachheit hat er es nicht, aber! daß er es nicht hat, gereicht ihm doch zur groben Schuld, weil nämlich seine That so beschaffen war, daß sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge diesen Erfolg haben mußte, mithin vernünftiger Weise vorauszusetzen ist, daß ihn ein Verbrecher vom gemeinen Menschenverstande, wo nicht wirklich vorhergesehen habe, doch wenigstens habe vorhersehen können.

Es kommt nun darauf an, in concreto zu zeigen, zu welcher von beiden Arten der Tödtung der in Frage stehende Todschlag gehöre? Dazu wird eine aktenmäßige Darstellung der Thatumstände mit der daraus zu ziehenden Schlußfolgerung auf die Willensbestimmung des Verbrechers (dessen Bewußtsein) erfordert, oder mit andern Worten: es ist zu untersuchen und gründlich darzulegen, ob die Tödtung dem Inquisiten zum Vorsatz zuzurechnen sei oder nicht? (Schluß folgt.)

*) Es sind aber Fälle möglich, wo Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammentreffen.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 13. Karlsruhe den 1. April 1843.

Todschlag

des Schwiegervaters von seinem Schwiegersohne, ein Beispiel der Stufenfolge von moralischer Verderbniß.

(Schluß).

§. 18. Der Beweis der Absicht zu tödten — des Vorsatzes — (Bewußtseins, wie unser Gesetz sich ausdrückt) kann nur entweder durch das Geständniß des Thäters oder durch die Beschaffenheit der That selbst geführt werden.

Ein offenes und unumwundenes gerichtliches Geständniß des Inquisiten über den Vorsatz des Todschlags liegt in den Acten nicht vor. Seine Erklärungen hierüber sind nicht genau und unbestimmt. Im ersten Verhör sagt er: aus welchem Grund er seinem Schwiegervater noch einen zweiten Streich gegeben habe, könne er eigentlich nicht sagen, denn er habe nicht gradezu die Absicht gehabt, seinen Schwiegervater umzubringen. Später wiederholt er auf die vom Untersuchungsrichter über die Absicht nur zu oft gestellten Fragen immer: er habe eine solche Absicht nicht gehabt, denn es sei alles in der Wuth und Raserei geschehen, ohne Ueberlegung, Zorn und Trunkenheit seien Schuld daran. Hiernach scheint es, daß Inquisit von dem ihm vorgehaltenen Worte: „Absicht" keinen richtigen Begriff habe und solches mit Ueberlegung, was einen Vorbedacht der Handlung andeutet, verwechsle. Wenn Inquisit in dieser Bedeutung die Absicht zu tödten läugnet, so ist damit nicht gesagt, daß ihn bei seiner That das Bewußtsein ihrer nothwendigen Folge nicht begleitet habe, sondern nur so viel, daß er eben ohne Ueberlegung im Zorn und in der Aufregung durch hitzige Getränke, d. i. im Affect gehandelt habe. Damit ist aber die Absicht zu tödten, mag sie ein bestimmter oder unbestimmter Vorsatz gewesen sein, nicht ausgeschlossen, denn die That im Affect begangen, ist Todschlag und unterscheidet sich dadurch von Mord, daß dieser mit voller Ueberlegung, mit Vorbedacht begangen wird.

Indessen! da es hier an der Klarheit des Geständnisses in Beziehung auf den Vorsatz zu tödten fehlt, ist vorzüglich auf die Beschaffenheit der That, so wie auf die sie begleitenden Umstände zu sehen; denn für diese Art der Beweisführung stimmen die gemeinen Rechte so wie die Theorie der ältern und neuern Strafrechtslehrer überein.

L. 1. §. 2. ff. de doli mali et metus except. sagt: „an *dolo* quid factum sit, ex *facto* intelligitur."

Dann ferner in besonderer Beziehung auf die Tödtung ist anzuführen:

L. 1. §. 3. ff. ad Leg. Cornel. de sicariis in verbis: „divus Hadrianus rescripsit, eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum; *et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit, et in eo percusserit, indubitate occidendi animo* id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam ejus, qui in rixa causa magis quam voluntate homicidium admisit."

Von den Schriftstellern mögen nur Einige hier angeführt werden.

Quistorp sagt im §. 222 d. p. R. „die böseliche Absicht, einen Andern seines Lebens zu berauben, ist unläugbar bewiesen ꝛc — wenn der Verbrecher unter dem Gebrauche gefährlicher Werkzeuge alle

Digitized by Google

Streiche nach dem Kopfe oder doch nächst an einem gefährlichen Theil oder Glied des Leibes gerichtet hat."

Tittmann eben so in §. 94 s. Handb. d. St.R.W. „das wiederholte Führen der Schläge nach dem Kopfe oder der Stiche nach dem Herzen und dergleichen kann in der Regel, und so lange nicht andere Umstände einen Zufall beweisen, für nichts anderes als für eine in der Absicht zu tödten unternommene Handlung betrachtet werden"; ferner in §. 154: „ist eine willkührliche Handlung oder Unterlassung so beschaffen, daß sie die rechtswidrige Wirkung nothwendig hervorbringen mußte, und ohne das Bewußtsein dieser Wirkung vernünftiger Weise gar nicht unternommen werden oder geschehen konnte, so enthält diese Handlung den bösen Vorsatz charakterisirende Umstände, daher denn auch die Vermuthung für den bösen Vorsatz sein muß."

Henke, indem er von dem Unterschiede zwischen Mord und Todschlag handelt, bemerkt unter andern im 2ten Theil s. Handb. §. 99: „ob Mord oder Todschlag anzunehmen sei? muß vorzüglich aus der Art der Ausführung der That und aus dem Benehmen des Thäters nach derselben beurtheilt werden."

Feuerbach spricht im §. 214 d. p. R. (Ausg. 1832) seine Meinung in folgendem Satze aus: „Bei einer absichtlich vorgenommenen Handlung, welche nach gemeiner Erfahrung unmittelbar und nothwendig den Tod bewirken muß, ist die absichtliche Tödtung selbst ohne Weiteres als gewiß anzunehmen."

§. 19. Die Beschaffenheit der That ist nicht allein aus deren Erfolg, sondern auch und vorzüglich aus der Art der Ausführung zu beurtheilen. Es kommt darauf an, welches Werkzeug dazu gebraucht und auf welche Weise es angewendet worden ist. Unser Strafedikt spricht nicht von gefährlichen Werkzeugen, sondern es gebraucht diesen Ausdruck nur von Verwundungen, und zwar von solchen, die gleich bei der ersten gerichtsärztlichen Besichtigung für lebensgefährlich erklärt werden; dagegen macht es eine Eintheilung von Werkzeugen in allgemein tödtliche, in solche, die nur unter Umständen tödtlich sind, ferner in schädliche und unschädliche Instrumente. Die gesetzliche Bestimmung des Begriffs von einem allgemein tödtlichen Werkzeug ist oben schon angeführt worden. Unter schädlichen Werkzeugen versteht das Edikt (§. 719) solche, die nicht zum Angriff und zur Vertheidigung gefertigt sind, von denen aber der Thäter voraussetzen kann und soll, daß bei einem unüberlegten Gebrauch derselben dennoch leicht ein Todschlag daraus entstehen kann; z. B. ein Zaunpfahl; im Gegensatze werden unter die unschädlichen Instrumente jene gezählt, welche von der Art sind, daß der Thäter hat glauben können, er werde damit dem Andern nur einen Schmerz, aber nicht eine körperliche Beschädigung, weniger noch eine Lebensgefahr zuziehen. Das Edikt — wie schon bemerkt — unterstellt nur bei dem Gebrauche eines allgemein tödtlichen Werkzeugs die Absicht zu tödten. Es hat aber dabei bloße Verwundungen — nicht den Todschlag — im Auge, denn es handelt im §. 71 vom Verbrechen der Verwundungen (vom Todschlag erst im folgenden Paragraph) und verordnet ferner, es sei der „menschenliebenden" Vermuthung Raum zu lassen, der Thäter habe mit Vorbedacht einen gelinderen Gebrauch der unter Umständen tödtlichen Waffen gemacht, es soll also das Vergehen nur als Verwundung behandelt werden, indem bei einem so schweren Verbrechen, wie der Todschlag, welcher das Zutrauen der Gesellschaft zu einem Menschen niedertrete, billig dahin zu sehen sei, ohne Noth Niemanden dessen für verdächtig hinzustellen.

Es erklärt auch noch im nämlichen Paragraph ausdrücklich, daß, wenn nachmals in Folge der Verwundung der Tod wirklich eintrete, das Verbrechen gar nicht hieher (unter die Verwundungen), sondern unter die Klasse der vorbedachten, oder muthwilligen, oder schuldhaften Todtschläge gehöre. Hieraus geht klar hervor, daß die Bestimmung des Edikts, wornach nur der Gebrauch eines allgemein tödtlichen Werkzeugs die Vermuthung der Absicht zu tödten begründet, auf das Verbrechen der Tödtung nicht auszudehnen ist, vielmehr hier die gemeinrechtliche Theorie zur Anwendung kommen muß, wornach aus der Beschaffenheit der That zu folgern ist, ob sie in ihrem ganzen Umfange mit Vorsatz verübt worden ist oder nicht. Es hat zudem

Digitized by Google

die im Edikt gemachte Eintheilung der Werkzeuge keine sicherere Grundlage. Die Tödtlichkeit so wie die Schädlichkeit eines Instruments ist niemals absolut, sondern relativ, indem sie nicht nur von der Beschaffenheit des Werkzeugs an sich, sondern auch von der Art der Anwendung desselben abhängt, daher in jedem einzelnen Fall verschiedener Beurtheilung unterworfen sein kann. Selbst die als allgemein tödtlichen Werkzeuge beispielsweise angeführten „Schießgewehre" und „Gifte" entsprechen diesem Begriffe nur in so weit, als der Gebrauch derselben damit übereinstimmt. Beim Schießgewehr kommt es auf mancherlei Umstände an, insbesondere auf den Inhalt der Ladung, mit Kugeln oder Schroten, groben oder feinen, auf die Richtung des Schusses und die Entfernung des Zieles. Man kann also auch das Schießgewehr nur für ein unter Umständen tödtliches Werkzeug halten, obgleich es in der Regel zum Tödten gebraucht wird. Auch die Gifte sind nicht absolut tödtlich, sondern nur im Verhältniß der gebrauchten Quantität und Qualität zum verletzten Subject. Umgekehrt können bloß für schädlich erklärte Werkzeuge durch die Art ihres Gebrauchs und mit Rücksicht auf die Person des Verletzten, so wie des Thäters, als unter Umständen tödtliche beurtheilt werden.

§. 20. Es kommt also lediglich die Beschaffenheit der That nach allen ihren Umständen in Betracht, und bei genauer Erwägung solcher des fraglichen Todschlags kann nicht der mindeste Zweifel darüber obwalten, daß den Inquisiten — dessen Zurechnungsfähigkeit schon vorausgesetzt ist — vor oder bei seiner That das Bewußtsein begleitet habe, daß der Tod des Geschlagenen daraus erfolgen werde. Er hat nämlich, wie er gesteht und die Untersuchung bestätigt, seinem auf dem Bette liegenden — höchst wahrscheinlich schlafenden Schwiegervater, der sich weder bewegte noch Widerstand leistete, mit der beschriebenen Holzart, und zwar sowohl mit dem scharfen (der Schneide) als dem stumpfen Theile (dem Rücken), zwei so gewaltige Streiche auf den rechten Schläfetheil des Kopfes versetzt, daß der Kopf gespalten und zertrümmert worden ist. Es mußte der Tod auf diese Schläge augenblicklich und nothwendig erfolgen. Ein solcher Gebrauch der Art, gleich dem, wenn man Holz spaltet, auf den empfindlichsten Theil des Kopfes eines Menschen kann vernünftigerweise nicht so ausgelegt werden, daß der Thäter dem Geschlagenen nur einen Schmerz (ein Leids nach dem Ausdrucke des Edikts) habe zufügen wollen. Die That war offenbar und geradezu auf das Todtschlagen gerichtet, und mit dem augenblicklichen Erfolg begleitet, man kann daher nicht anders urtheilen, als daß Inq. — seine freie Willkühr vorausgesetzt — den Tod seines Schwiegervaters gewollt — mit Vorsatz ihn getödtet hat. Der innige Causal-Zusammenhang der Handlung mit dem nothwendigen Erfolge straft ihn Lügen, wenn er vorgibt, er habe den Geschlagenen nicht umbringen wollen — man sehe Henke cit. loc. §. 57. S. 379.

§. 21. Nebst der Beschaffenheit der That selbst fehlt es hier auch nicht an andern Umständen und triftigen Gründen, welche für die Annahme des Vorsatzes sprechen. Dahin gehört nicht nur der böse Ruf des Angeschuldigten und seine feindselige Stimmung wider den Getödteten, den er auch früher schon mißhandelt hat, und von dem er selbst gesteht, daß er ihn für den Urheber seines häuslichen Unglücks ansah, sondern man muß auch besonders hieher zählen, daß er nach dem Zeugnisse des Polizeidieners S. kurz vor der That auf dem Wege in's Bürgergefängniß die Drohung ausstieß, daß er seine Frau todtschlage, wenn er sie erwische. Ist diese Drohung, als im Zorn ausgestoßen, auch nicht gerade im Ernst zu nehmen, so ist sie doch darum von Wichtigkeit, weil sie zeigt, daß er wenigstens an das Todschlagen dachte, und, wenn er nachher diese That nicht an seiner Frau, sondern an ihrem Vater beging, so ist dieß nur dem Zufall zuzuschreiben, daß seine Frau zur Zeit abwesend und ihr Vater es war, der ihm als Opfer seines Zorns und des längst gehegten Grolls unter die Hände fiel. Rechnet man noch hinzu, daß es nach dem Zeugnisse seiner Frau nicht wahr ist, daß die zur Tödtung gebrauchte Art in der Kammer stand, sondern daß sie von dem Thäter erst herbeigeholt werden mußte, so liegt auch hierin, so wie in dem Umstande, daß nach der Lage der Leiche die Todesstreiche höchst wahrscheinlich während dem Schlafe des Getödteten auf ihn gefallen sind, ein sehr wichtiges Moment für die Annahme einer absichtlichen Tödtung. Nur damit kann man auch die außerordentliche Gewissensangst erklären, die der Inq. während der Untersuchung über sein Verbrechen an den Tag gelegt hat, und den Aufruhr seines Gemüths

Digitized by Google

den er jedesmal unwillkührlich zu erkennen gab, so oft das Verhör die Frage nach der Absicht in Anregung brachte. Eine solche Angst und solche Gewissensbisse kann nur ein Verbrecher empfinden, dessen Schuld auf etwas Tieferliegendes geht als auf das Bewußtsein einer bloßen Uebereilung oder Fahrlässigkeit.

Alle Resultate der Untersuchung vereinigen sich demnach dahin, daß Inq. der vorsätzlichen und muthwilligen Tödtung schuldig sei.

§. 22. Ad C. Nach der oben angeführten Erläuterung des Edikts über die Strafgerechtigkeitspflege in Betreff der Todschläge setzt der Art. 72 durch seine Rückbeziehung auf die Halsgerichtsordnung fest, daß Todschläge nicht nur, wann sie widerrechtlich mit „vorbedachtem Muth und und wirklichem Vorsatz" zu tödten, oder, wie es dort heißt, „fürsetzlich und muthwillig", sondern auch, wann sie widerrechtlich aus Uebereilung und Unbesorgtheit „um Menschenleben", oder, wie es dort heißt, „aus Jachheit und Zorn" begangen werden, der Todesstrafe unterliegen, sobald sie nicht rechtmäßige Entschuldigung von der ordentlichen Strafe auf sich tragen.

Gleichen Ausspruch enthält die letzte Erläuterung vom Jahr 1812, indem sie nach der Aufstellung einer Stufenleiter für die moralische Thatbeschaffenheit bemerkt: „Beide mittlere Stufen, nämlich mittelbarer Vorsatz oder grobe Verschuldung und unmittelbarer, augenblicklich gefaßter Vorsatz gelten hier gemeiniglich für den Richter gleich, und liegen innerhalb der gesetzlichen Unterstellung für die ordentliche Strafbestimmung."

Es kann demnach bei dem richterlichen Straferkenntniß im vorliegenden Falle auf den Unterschied zwischen vorsätzlicher und muthwilliger Tödtung aus Jachheit nur in so weit ankommen, als etwa ein Milderungsgrund nach Analogie des §. 71 lit. c des Strafedikts geltend gemacht werden könnte.

Dieser Paragraph bestimmt nämlich bei der Bestrafung von Verwundungen, daß das gesetzliche Maaß der Strafe nur von dem Fall zu verstehen sei, wo der Thäter zugleich Urheber der Beleidigung und Thätlichkeiten (auctor rixae et pugnae) sei, und verhältnißmäßig gemildert werde, je nachdem es an einem und anderm dieser Umstände mangle.

Eine Analogie dieser Bestimmung über die Bestrafung von bloßen Verwundungen auf den Todschlag findet wohl statt und ist auch in unserer strafrechtlichen Praxis angenommen, es kann jedoch eine dem Todschlag vorausgegangene Beleidigung oder Thätlichkeit von Seite des Getödteten dem Verbrecher nur dann zu einiger Strafmilderung gereichen, wenn jene mit dem Verbrechen selbst in einem nothwendigen Zusammenhang und in irgend einem Gleichmaaße von Größe und Bedeutung steht.

Inquisit führt in dieser Beziehung zu seiner Entschuldigung an, daß er durch beleidigende Reden, welche der Getödtete unmittelbar vor der That wider ihn ausgestoßen haben soll, zum Zorn gereizt worden, indem er vorgiebt, daß, als er in die Kammer, in welcher sein Schwiegervater lag, eingetreten sei, und zu diesem gesagt habe: „Ist es jetzt besser, daß ihr mich wieder in Arrest gebracht habt? Ich bin jetzt aus dem Arrest ausgebrochen und da habt ihr mich wieder!" sein Schwiegervater ihm geantwortet habe: „Man wird dich schon an einen andern Ort hinbringen und dir helfen, liederlicher Geselle!" und dann weiter: „gehe nur, du liederlicher Geselle, man wird dich schon einholen!"

Fürs erste ist es aber schon ganz unglaublich, daß überhaupt nur ein Gespräch der Art vorausgegangen sey, denn die schlafende Situation der Leiche mit der ganzen Beschreibung, die das Gerichts-Protokoll darüber liefert, macht es durchaus unwahrscheinlich, daß dee Erschlagene nicht während dem Schlafe die Todesstreiche erhalten hat.

Es ist der im Vortrag aufgestellte Grundsatz der Untrennbarkeit der Zusätze, womit Inquisit sein Geständniß der That zu umwickeln und so viel möglich zu entkräften sucht, in seiner Allgemeinheit nicht als richtig anzuerkennen, denn wenn ein Verbrecher seinem Geständnisse Thatsachen oder Entschuldigungsgründe beifügt, welche nicht das Gepräge der Wahrheit an sich tragen, sondern sogar mit der Beschaffenheit der That und den Umständen in Widerspruch stehen, so verdienen sie keinen Glauben, auch hat er über seine Anführungen den Beweis zu liefern — Art. 151 der P. G. O. Tittmann l. c. § 835. —

Fürs andere streitet, auch wenn man annimmt, daß der Schwiegervater wachend gewesen sei, alle Wahrscheinlichkeit dagegen, daß er sich in irgend einen Wortwechsel mit dem Thäter eingelassen habe. Die durch das

Digitized by Google

Leumundszeugniß anerkannte Friedfertigkeit P. S. verbunden mit der schon längst vor diesem Vorfall gefaßten Resignation über das unverbesserliche Leben seines Tochtermannes und seine schon angewohnte Duld- und Schweigsamkeit gegen diesen, wovon er nach des Inquisiten Geständnisse gerade bei dem einige Stunden vorher stattgehabten Zwist zwischen dem Inquisiten und seiner Frau eine Probe abgelegt hatte, sind Umstände, wornach man das angebliche Gespräch für weiter nichts als eine bloße Dichtung halten muß.

Wären aber auch die vorgeblichen Aeusserungen des Schwiegervaters ihrem ganzen Inhalte nach als wahr anzunehmen, so würden sie doch keinen Entschuldigungsgrund für den Thäter abgeben, denn nach seiner eigenen Erzählung wäre er es selbst, welcher den Getödeten zu jenen Reden provocirt hätte. Abgesehen davon, daß er es schon hätte unterlassen sollen, den Schwiegervater in seiner um diese Zeit gewohnten Ruhe zu stören, so klingt seine Anrede, womit er selbst das Gespräch angefangen haben will, offenbar wie ein Vorwurf, welcher gegen den Schwiegervater um so weniger gegründet war, als derselbe zu der seinem Schwiegersohne wiederfahrnen Einsperrung in's Ortsgefängniß nicht das mindeste beigetragen hatte. Der Inquisit erkennt überdies selbst seinen tiefen Sitten-Zerfall an und das Zerwürfniß, in dem sich schon längst sein Hauswesen befunden hat. Wenn ihm nun sein durch den Ruf so wie durch sein Alter ehrwürdiger Schwiegervater mit dem Ausdruck: „liederlicher Geselle" sein Mißfallen über das geäußerte Vorhaben, Haus und Familie zu verlassen, zu erkennen gab, so konnte er sich im Bewußtsein, dieses Prädicat wohl verdient zu haben, nicht beleidigt fühlen und er mußte einsehen, daß er schuldig war, sich von ihm unter solchen Umständen auch etwas Unangenehmes sagen zu lassen.

Seinem Vorgeben, durch dieses angebliche Gespräch mit seinem Schwiegervater in Zorn gerathen und dadurch zum Entschluß gekommen zu sein, die Holzart zur Hand zu nehmen und ihn damit zu schlagen, widerspricht auch sein Zustand und Benehmen schon am Vormittage, als er in's Gefängniß geführt wurde, und dann wieder, als er nach eigenmächtiger Befreiung aus demselben sich nach Haus begab und das Verbrechen ausübte. Nach den Zeugnissen der schon erwähnten Personen befand sich Inquisit damals schon in furchtbarer Aufregung, die sich sogar mit Drohen von Todtschlagen kund gab; es ist also gewiß unwahr, daß er erst zu Haus in jenen Gemüthszustand versetzt worden ist, in welchem er sich zur Zeit der That befand. Daraus sowohl als aus allen Umständen geht hervor, daß nicht augenblickliche Aufregung des Gemüths sondern Leidenschaft der Rache, genährt durch einen alten Groll gegen seinen Schwiegervater ihn verleitet habe, diesem das Leben zu nehmen, obgleich mit Billigkeit anzunehmen ist, daß er den Entschluß zu dieser That erst im Moment der Ausführung gefaßt, daher nicht mit Ueberlegung oder Vorbedacht gehandelt hat.

Auf keinen Fall ist dem Inquisiten eine erhebliche noch gerechte Ursache zum Zorn gegeben worden, und doch würde eine solche erfordert, um dem Verbrecher zu einiger Entschuldigung gereichen zu können, denn

> „Calor iracundiae *vehementis*, simulque *justae*, qualis est, quae per *graviores* et *citra propriam culpam acceptas injurias* excitatur, imputationem et poenam imminuit"

sagt Meister pr. jur. crim. §. 124. (Ausg. 1790) in Uebereinstimmung mit andern angesehenen ältern Rechtslehrern, namentlich Böhmer u. s. w. Grade darum, weil der Affect — die Gemüthsbewegung — ein wesentliches Merkmal im Begriffe von Todschlag ist, und ihn von Mord, als einem vorbedachten Verbrechen unterscheidet, kann dieser aufgeregte Gemüthszustand in der Regel nicht als Minderungsgrund geltend gemacht werden. „Zweckmäßig nimmt man darauf Rücksicht" sagt Henke im Handb. 2ter Th. S. 88: „ob der Todschläger durch eine unerlaubte oder erlaubte Handlung des Getödteten in den Zustand des Affects versetzt wurde; ob im ersten Fall das erlittene Unrecht groß oder klein war, ob ihn dasselbe mehr oder weniger unvermuthet traf u. s. w." Nach der Meinung Tittmann's l. cit. §. 158 gibt es bei der Tödtung keine besondere Gründe der Milderung der Strafe, weil der Todschlag an sich schon als ein minder schweres Verbrechen in den Gesetzen betrachtet wird, doch bemerkt er, daß heftige Anreizung und Beleidigung durch eine unersetzliche, das wahrhafte Lebensglück zerstörende Verletzung persönlicher Güter auch bei dem Morde zur Entschuldigung dienen könne. Grolman cit. l. §. 262 erklärt

Digitized by Google

unter Berufung auf Art. 138 der P. G. O., daß in der bestimmten mildern Strafe des vorsätzlichen bloßen Todschlags (dem Mörder bestimmt das Gesetz die Strafe des Rads, dem bloßen Todtschläger die Strafe des Schwerts) nichts anders als ein gesetzliches Anerkenntniß liege, daß der bei allen in dem Zustande des Affectes begangenen Verbrechen entscheidende gemeine Milderungsgrund auch für die Bestimmung der Strafe der Tödtungen von Wirksamkeit sei.

Hierdurch sei jedoch die Anwendbarkeit anderer gemeiner Milderungsgründe nicht ausgeschlossen, es erhelle vielmehr aus Art. 142 und 150 der P. G. O. vergl. mit Art. 145 der Bamberger, daß bei Tödtungen, welche aus einem durch empörende Ungerechtigkeiten gereizten Zorne entsprungen sind, nach den Umständen geringere Strafen eintreten müssen.

§. 23. Ein anderer Milderungsgrund möchte etwa in der Trunkenheit des Inquisiten gesucht werden, da aus den Acten hervorgeht, daß er an jenem Vormittage in verschiedenen Absätzen ohngefähr fünf viertel Schoppen Branntwein getrunken hat. Derselbe antwortete aber im Verhör auf Fr. 21:

> „ich war nicht so betrunken, daß ich nicht mehr vernünftig hätte denken können. Es war aber mehr der Zorn und die Raserei, die mich beherrschten."

Der letzte Ausdruck: „Raserei" ist nicht so zu verstehen, als ob Inquisit damit einen Zustand von Geisteskrankheit oder Seelenstörung, insbesondere Tobsucht, Tollheit, höhere Grade des Wahnsinns, habe bezeichnen wollen, denn sonst stünde der Nachsatz seiner Erklärung im offenen Widerspruche mit dem Vordersatze, worin er sein ungestörtes Denkvermögen bekennt. Diese Erklärung stimmt auch mit den Gutachten der Gerichtsärzte und überhaupt mit allen Umständen überein, woraus die volle Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten als unbezweifelt angenommen worden ist. Der Genuß so vielen Branntweins schon vom frühen Morgen an mag allerdings zur Aufreizung seines Gemüthszustandes beigetragen haben, aber die Trunksucht war seine Leidenschaft und Lebensgewohnheit, er wurde daher von der Wirkung des Trunkes nicht überrascht, und so leicht betäubt, wie ein sonst nüchterner Mensch, der zufällig sich einmal im Genusse übernimmt, und die schnelle Wirkung davon verspürt. Bei dem Gewohnheitstrinker ist das Trinken eine Leidenschaft.

Da der Mensch mit Vernunft begabt ist, daher sowohl die Einsicht als die Pflicht hat, böse Leidenschaften nicht Meister über sich werden zu lassen, so kann die Beherrschung von der Leidenschaft dem Verbrecher nicht zur Strafmilderung dienen, insbesondere auch nicht die Trunkenheit, denn sie hat ihren Ursprung im Begehrungsvermögen und nicht in einem zufälligen, angeblich gereizten Gemüthzustande. Damit stimmen die angesehensten Strafrechtslehrer überein, namentlich Hommel, Carpzow, Böhmer, Quistorp und Andere. Es gibt zwar auch Schriftsteller, wie z. B. Tittmann l. cit. §. 123, welche sagen, daß auch die Gewohnheit, sich zu betrinken, die Möglichkeit, eine Milderungsursache zu begründen, nicht aufheben.

Es kann Fälle dieser Art wohl geben, aber der vorliegende ist gewiß nicht dazu geeignet. Nur eine bis zur gänzlichen Sinnlosigkeit gesteigerte Trunkenheit konnte dem Thäter die Einsicht oder das Bewußtsein von der Schwere dieses Verbrechens verhindern. Hat aber die Trunkenheit einen solchen Grad nicht erreicht, sondern war der Verbrecher, wie er selbst gesteht, seines rasenden Betragens ohngeachtet, doch noch fähig zu denken, Seiner und seines Zustandes bewußt, so mußte er, wenn er noch einen Funken von sittlichem Gefühl gehabt hätte, vor der That zurückschaudern, die er auf so schreckliche Weise vollbracht hat.

Es ist demnach nicht ein einziger Grund vorhanden, welcher den Richter berechtigte, von der gesetzlichen Strafe des Todschlags, welche in der Hinrichtung mit dem Schwert besteht, abzugehen.

> (Der Gerichtshof hat den Inquisiten wirklich der vorsätzlichen Tödtung für schuldig erkannt und zur Todesstrafe verurtheilt, welche im Gnaden-Wege von S. K. H. dem Großherzog in eine 20jährige Zuchthausstrafe verwandelt worden ist)

Donsbach.

Digitized by Google

II.

1) Bestimmt bei Ehrenkränkungen und Verläumdungen der Bezirk des verübten Vergehens den Untersuchungsrichter; insbesondere

2) bei Ehrenkränkungen und Verläumdungen durch die Presse?

Das Gesetz vom 28 Dezember 1831 über die Ehrenkränkungen hat dieses Vergehen in die Klasse der gerichtlichen Strafsachen gestellt, und man hat daher behauptet, daß nun auch im Ganzen die Regeln des Strafverfahrens hieher anzuwenden seien, insbesondere daß nach §. 2 der Erläuterungen vom Jahr 1812 zum Strafedikte in der Regel der Ort des begangenen Vergehens den Gerichtsstand bestimme.

Diese Meinung dürfte jedoch theils dem Gange unserer Gesetzgebung in dieser Lehre, theils dem Geiste des erwähnten Gesetzes widersprechen.

Nach dem älteren badischen Rechte gehörten nämlich die leichteren Ehrenverletzungen als Civilsachen vor die bürgerlichen Gerichte, die schwereren als peinliche Vergehen vor die Malefizgerichte. Baden-Durlacher Landrecht Th. I. Einl. Th. VII. Tit. 70.

Dort war es unzweifelhaft in der Wahl des Klägers, wie in sonstigen Civilsachen, ob er den Beleidiger bei dem Richter seines Wohnorts oder bei dem Richter der verübten That belangen wollte, hier aber konkurrirten, wie in anderen peinlichen Sachen, in älteren Zeiten der Gerichtsstand des verübten Verbrechens, der Gerichtsstand der Ergreifung und der Gerichtsstand des Wohnsitzes; erst in späterer Zeit ward der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens zur Regel erhoben.

An diesen Bestimmungen ist im Laufe der Zeit geändert worden, daß nach der badischen-durlachischen Verordnung vom 20. September 1752, die Abkürzung des rechtlichen Verfahrens bei dem fürstlichen Hofgerichte betreffend, §. 90 für Injuriensachen der summarische Prozeß Platz greifen solle, und daß durch eine badische Verordnung vom 11. Dezember 1790 die Aemter angewiesen wurden, Verbal- und Realinjurien, wenn letztere nicht den Zuzug eines Arztes oder Wundarztes zur Heilung nöthig gemacht haben, selbst zu bestrafen. Erst das VII. Organisationsedikt vom 18. März 1803 §. 8 verordnete, daß in Injuriensachen überall keine bürgerliche, sondern blos peinliche oder polizeiliche Erörterung und Entscheidung stattfinden soll, was durch §. 92 der Obergerichtsordnung bestätigt wurde. Das VIII. Organisationsedikt §. 2, 4 u. 71 faßte die Sache genauer dahin, daß alle gemeine Verbal- odee Realinjurien, so lange letztere nicht in das Verbrechen der Verwundung übergehen, als polizeilich von den Aemtern, die im §. 45 und 46 bezeichneten gröberen Schmähungen aber und die Verläumdungen als peinlich von den Hofgerichten abzuurtheilen seien, und demgemäß wurden durch das Organisationsreskript vom 26. November 1809, Beil. D, §. 9, Lit. f die Recurse von den amtlichen Urtheilen an die höheren Polizeibehörden (Kreisdirektorien) gewiesen. Diese polizeiliche Natur der gemeinen Verbal- und Realinjurien stand nicht entgegen, daß sowohl das Amt, in dessen Bezirke das Vergehen verübt wurde, als jenes, unter welchem der Beleidiger seinen Wohnsitz hatte, zuständig war, vielmehr ist eben dieses Wahlrecht des Beleidigten jener Eigenschaft angemessen.

Hieran sind durch das Gesetz vom 28. Dezember 1831 folgende Aenderungen gemacht worden:

1) Die gemeinen Verbal- und Realinjurien sind in die Klasse der gerichtlichen Strafsachen zurückversetzt (§. 14);

2) die gemeinen und gröberen Injurien sind durchaus für bürgerliche Vergehen erklärt (§. 1—3);

3) sie werden überall nur auf Klage bestraft (§. 12).

Bei welchem Gerichte der Beleidiger zu belangen sei, darüber enthält dieses Gesetz keine Bestimmung, es wird also hierin nach bekannten Auslegungsregeln bei dem früheren Rechte sein Bewenden behalten. Dies wird bestätigt durch die Stelle des §. 14.

„Wird der Kläger bei dem Vorfalle, durch den er sich beleidigt hält, ebenfalls eine Ehrenkränkung verübt zu haben beschuldigt, so ist er hierin dem nämlichen Richter, den er selbst zuerst angegangen hat, unterworfen, wenn ....."

Denn wäre nur ein Gerichtsstand vorhanden, — der des begangenen Verbrechens, — so könnte nicht von einem Richter gesprochen werden, welchen der Kläger zuerst angegangen hat.

Das nämliche gilt, wenn eine Ehrenkränkung oder eine Verläumdung durch die Presse verübt worden ist. Denn die Verbreitung durch die Presse gehört nicht zum Thatbestande der Ehrenkränkung oder Verläumdung, sondern bildet nur einen Erschwerungsgrund (Gesetz über die Polizei der Presse vom 28. Dezember 1831, §. 19).

Digitized by Google

Namentlich steht nicht entgegen der §. 29 des letztgenannten Gesetzes durch seine Bestimmungen, in welchem Augenblicke die Uebertretungen der Strafgesetze durch die Presse vollendet sind. Denn hievon wird nur gehandelt, um den vorhergehenden Ausspruch zu erläutern, daß erst nach eingetretener Vollendung gerichtliche Verfolgung und Bestrafung stattfinde. Das Ergebniß ist also dieses, daß dem Beleidigten in der Regel die Wahl zustehe, ob er den Beleidiger bei dem Gerichte des verübten Vergehens belangen will. Ausnahmen treten aber ein:

1) wenn der Beleidiger ein Ausländer und die Beleidigung im Inlande verübt ist. Dann wird nämlich der Beleidigte die Wahl haben, entweder bei dem Gerichte der begangenen That zu klagen, oder bei dem Gerichte, in dessen Bezirke der Beleidiger betroffen wird (Gesetz über die Ehrenkränkungen §. 14).

Ist aber

2) das Vergehen im Auslande mittels der Presse begangen worden, so hat der Kläger die Befugniß, bei jedem inländischen Gerichte Klage zu erheben. (Gesetz über die Polizei der Presse §. 30.) Ant. Mayer.

Anmerkung der Redaktion.

In einem unlängst bei dem Oberhofgericht abgeurtheilten Falle (Bürk gegen Wirth) wurde angenommen, daß der „ordentliche Richter des Beleidigers", von dessen Erkenntniß der §. 14 des Gesetzes spricht, der Richter des Wohnsitzes des Beleidigers sei. Zwar könnte man, wenn überhaupt nur vom ordentlichen Richter die Rede wäre, auch das forum delicti commissi darunter verstehen. Aber der Ausdruck: „ordentlicher Richter des Beleidigers (d. i. des Beklagten)" — deutet eine persönliche Beziehung an, so daß man den Richter, dem der Beklagte regelmäßig oder ordentlicherweise untersteht, nämlich den Richter des Wohnsitzes des Beklagten darunter verstehen zu müssen scheint.

Der Absatz 2 des §. 14 bestätigt diese Ansicht wenigstens in so fern, als daraus ersichtlich ist, daß das Gesetz dabei voraussetzt, eine Vorklage des Beleidigten sei nicht bei dem forum delicti commissi, sondern bei dem forum domicilii des Beleidigers angebracht. Nur unter dieser Voraussetzung kann es nämlich der in Absatz 2 enthaltenen Bestimmung bedürfen, daß der Richter der Vorklage zugleich auch für die Widerklage kompetent sei, wenn beide Beleidigungen bei dem nämlichen Vorfalle geschehen seien. Ist nämlich dieses der Fall, so ist das forum delicti commissi für beide Theile das nämliche, dasselbe wäre also, wenn für die Vorklage, so in gleicher Weise auch für die Widerklage von selbst schon zuständig, ohne daß es noch einer dießfallsigen Bestimmung bedürfte, und die in Absatz 2 gegebene Bestimmung hat nur Bedeutung, wenn vorausgesetzt wird, die Klage sei vor dem forum domicilii des Beklagten angebracht, das nicht von selbst auch schon zum Erkenntniß gegen den Kläger als Widerbeklagten kompetent wäre.

Bei den durch die Presse verübten Ehrenkränkungen kommt noch der §. 39. Absatz 3 des Preßgesetzes in Betracht, wornach da, wo ein Beschlag auf die Druckschrift erkannt wurde, der Richter, der den Beschlag erkannte, oder den polizeilich erkannten Beschlag bestätigte, eben dadurch schon zur Untersuchung in der Hauptsache kompetent wird. In den meisten Ehrenkränkungssachen handelt es sich aber um keine Beschlagnahme, sondern nur um die auf erhobene Klage vorzunehmende Hauptuntersuchung, wobei dann nicht der §. 39, Absatz 3 des Preßgesetzes, sondern nur das Ehrenkränkungsgesetz zur Anwendung kommt, vorbehaltlich des §. 30 des Preßgesetzes in Bezug auf Ausländer. D. Red.

III.

Antwort der Mannheimer Obergerichts-Advocaten auf das Sendschreiben des Rastatter Advocaten-Vereins in Nr. 8 dieses Jahrgangs der Annalen.

Die vereinigten Mannheimer Obergerichts-Advocaten haben beschlossen, als Erwiederung auf das offene Sendschreiben des Rastatter Advocaten-Vereins vom 31. Januar d. J. die von ihnen unterm 21. Dezember vorigen Jahrs getroffene Uebereinkunft hiermit zur öffentlichen Kenntniß zu bringen.

Die Bestimmungen derselben sind folgende:

1) Die vereinigten Mannheimer Obergerichts-Advocaten werden keinerlei Uebereinkunft mit Advocaten und Schriftverfassern über die Regulirung ihres Verhältnisses zu denselben oder zu den prozeßführenden Parthien und deren Vertretern in Zukunft abschließen.

2) Jede deßfalls mit Advocaten oder Schriftverfassern bereits abgeschlossene Uebereinkunft ist als durch gegenwärtiges Schreiben gekündigt zu betrachten.

Diese Kündigung bezieht sich nicht auf solche Prozesse, welche mit Rücksicht auf eine bestehende Uebereinkunft zur Zeit der Erlassung gegenwärtigen Schreibens einem der vereinigten Advocaten bereits übertragen worden sind.

3) Insbesondere werden die vereinigten Obergerichtsadvocaten

a) in keinem Falle zum Vortheile eines Advocaten oder Schriftverfassers irgend eine Abtretung oder Theilung der gesetzlich ihnen, den vereinigten Advocaten, zukommenden Gebühren in Zukunft bewilligen;

b) die Notificationen stets direkt an die Parthien ergehen lassen, wenn nicht im besonderen Falle das Interesse der Parthie es rathsam erscheinen läßt, der Vermittlung eines andern Advocaten oder einer sonstigen dritten Person hierzu sich zu bedienen;

c) die Prozeßkosten stets sowohl direkt von der Parthie fordern, als auch gegen dieselbe nöthigenfalls selbst einklagen und beitreiben.

4) Die vereinigten Advocaten werden die auswärtigen Obergerichts-Advocaten des unterrheinischen Bezirks, welche bisher unter den hiesigen Procuratoren Substituten bestellt haben, von nun an behandeln wie die Schriftverfasser.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro. 14. | Karlsruhe den 8. April 1843.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises. I. S.

Rechtsfall in Sachen des Großherzoglichen Fiskus gegen die Kirchspielsgemeinde zu Bickesohl, Frohndpflicht zum Kirchenbau daselbst betreffend.

(Ueber den §. 15 des Kirchenbauedikts.)

S. Annalen v. 1841 Nr. 18, 1842 Nr. 1, 11, 12, 21.

Unter Abgehung von dem hofgerichtlichen Beweiserkenntnisse, wornach der Kläger erweisen sollte, daß die Regierung die neue Erbauung der Kirche beschlossen habe; der beklagte Theil dagegen verschiedene von ihm behauptete Baufakta und das Dasein eines früher ergangenen Urtheils, worin der baupflichtige Zehntherr auch zur Beifuhr der Baumaterialien für schuldig erkannt worden sein soll, hat der Gerichtshof dießmal nach den in Nr. 18 und 11 der Annalen des J. 1841 und resp. 1842 entwickelten Ansichten erkannt. Dabei kam zugleich eine neue, bisher noch nicht angeregte Streitfrage, die nämlich: ob der Gemeinderath der politischen Gemeinde das Kirchspiel zu vertreten befugt sei, zur Erörterung und Entscheidung. Eine weitere Frage, ob in solchen Rechtsstreiten das Kirchspiel der obervormundschaftlichen Ermächtigung (der Kreisregierung) bedürfe, wie der Gerichtshof früher bei Erlassung einer Vorverfügung angenommen hatte, hielt man bei bewandten Umständen zu entscheiden nicht für nöthig.

Urthei l.

Wird auf gesetzlich gepflogene Appellationsverhandlung zu Recht erkannt: der Bescheid des Bezirksamtes Breisach vom 9. Januar 1840, besagend:

„die Klage findet nicht statt, und hat das Großherzogliche Domänenärar die Kosten zu tragen," —

sei mit der Modifikation zu bestätigen, daß die Kosten beider Instanzen zu kompensiren seien."

Entscheidungsgründe.

Der Großherzogliche Civilfiskus verlangt in der angestellten Klage: daß die beklagte Kirchspielsgemeinde Bickesohl zur unentgeldlichen Leistung der bei den Kirchenbaulichkeiten daselbst erforderlichen Hand- und Fuhrfrohnddienste für verbunden und daher für schuldig erkannt werde, bei dem bevorstehenden Neuban der Kirche, insoweit er dem Fiskus obliegt, die vorkommenden Fuhr- und Handdienste frohndweise zu verrichten, oder den Werth derselben zu bezahlen. Dieses Begehren stützt Kläger lediglich auf den §. 15 des Kirchenbauedikts von 1808 und den Umstand, daß er, als der Zehntherr der Gemarkung, sich verbindlich erklärt habe, an der neu zu erbauenden Kirche das Chor, das Langhaus, den Thurm und die Kirchhofmauer auf seine Kosten herzustellen.

Es verordnet nun zwar allerdings der §. 15 des Bauedikts, daß das Kirchspiel, auch wo es nicht an der Ordnung zu bauen ist, die in Frage stehenden Arbeiten zum Bau unentgeldlich zu leisten habe, wofern nicht nachgewiesen werden kann, daß der Zehntherr oder die Kirchenkasse die Pflicht auf sich habe, diese Arbeiten in ihren Kosten verrichten zu lassen. Allein fürs Erste ist diese Anordnung, so weit sie dem Kirchspiel die gedachten Arbeiten auferlegt, unverkennbar ein Ausfluß des öffentlichen Rechts, gleich jener des §. 4 und resp. 14 desselben Edikts nämlich der Rücksicht entflossen, daß das mit dem Staatswohl eng verbundene Interesse der Kirche die Aufschiebung eines nothwendigen Kirchenbaues durch einen oft langwierigen Rechtsstreit über die definitive Verbindlichkeit eines Pflichtigen zur Bestreitung des Bauaufwandes nicht gestattet. Die Handhabung dieser Anordnung kann daher, wie diese Intention auch aus der Analogie des §. 25 des Bauedikts am Ende erhellt, nur den Administrativbehörden zustehen, nicht aber den Gerichten, welche sich nur mit der Entscheidung bürgerlicher Streitigkeiten zu befassen haben. §. 1 und 2 der Prozeßordnung, Regbl. v. J. 1809, Nr. 52, §. 11, Lit. t. Vgl. auch Gönner, Handb. B. II. Tit. 26. §. 21. Erst wenn die Kirchspielsgemeinde einen Anderen aus einem privatrechtlichen Grunde als für diese Arbeiten pflichtig darstellen kann und will, ist die Entscheidung an den Richter verwiesen, wie dieß aus dem auch hierher bezüglichen, die allgemeine Regel enthaltenden §. 4 des Bauedikts, den Worten nämlich: „mit Vorbehalt der Rechtsausführung" deutlich erhellt *).

*) Würden die Administrativbehörden diese beiden §§., 4 und 15, richtig auffassen und handhaben, anstatt, wie im vorwürfigen Falle geschah, sich der ihnen zunächst zustehenden Entscheidung zu entziehen, weil die Sache schon im Rechtsweg anhängig sei, so würden solche Prozesse gar nie entstehen. D. E.

(Es ist nicht angegeben, was die Administrativbehörden im vorliegenden Falle gethan oder unterlassen haben, und wie sie hätten den Prozeß abschneiden können. Im Allgemeinen aber bemerke ich nur:

1) Handelt es sich um einen speziellen Baufall, so haben die Administrativbehörden, sofern nicht der Zehntherr oder ein Anderer

Digitized by Google

Aber auch hievon abgesehen und angenommen, daß auch über den Vollzug der Anordnung in §. 15 des Bauedikts (1. Theil) dem Richter die Entscheidung zukomme, würde

Zweitens dem Fiskus, als dem Zehntherrn, das Recht nicht zustehen, die Verurtheilung der Kirchspielsgemeinde zur Leistung dieser Arbeiten klagend zu verlangen, d. h. er wäre für solches Begehren nicht zur Sache legitimirt, denn die Anordnung ist lediglich zu Gunsten der Kirche gegeben, nicht aber zum Vortheile des Zehntherrn, in der Weise, daß dadurch dem letztern ein Recht eingeräumt werden sollte; vielmehr erscheint er im Edikte überall nur als Verpflichteter, dessen Maaß der Verpflichtung zur Bauherstellung, wie jenes der andern noch weiter im Edikt als pflichtig aufgeführten Personen, §. 6 des Edikts ff. zugleich vom Gesetze genau normirt wird. Hiernach hat der Zehntherr zwar wohl ein rechtliches Interesse, daß er nicht für mehr in Anspruch genommen werde, als ihm vom Gesetze auferlegt ist; er hat aber kein rechtliches Interesse, daß eine andere auch theilweise baupflichtige Person ihre Bauschuldigkeit erfülle; und deßhalb ist derselbe wohl zur Abwehr jeder weiter gehenden Aufbürdung mittelst geeigneter Rechtsmittel legitimirt, nicht aber zu dem Begehren, daß, was immer für ein Dritter zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit angehalten werde, da eine Rechtsverfolgung ohne ein rechtliches Interesse nicht denkbar ist. Die erhobene Klage ist daher in Rechten nicht begründet, weßhalb es auf alles Andere nicht mehr ankommt. Das unterrichterliche Erkenntniß ist somit ganz sachgemäß und für den Kläger nicht beschwerend; nur hätte es, dem §. 358 der Prozeßordnung zufolge, sogleich auf die Klage ergehen, und die Doppelschrift der Klage mit dem Beisatze des Bescheids (der Verfügung) dem Beklagten zur Nachricht mitgetheilt werden sollen. Statt dessen hat aber der Unterrichter Ladung verfügt, und zwar gegen die „Gemeinde" Bickesohl, worunter die politische Gemeinde zu verstehen ist, anstatt gegen die in der Klage belangte Kirchspielsgemeinde, mit welch' ersterer sodann auch bisher verhandelt worden ist. Daß aber das Kirchspiel oder die Kirchspielsgemeinde eine andere rechtliche Person sei als die politische Gemeinde, geht aus verschiedenen Stellen des Bauedikts hervor, insbesondere den §§. 13, 14 und 29. Darnach besteht das frohndpflichtige Kirchspiel aus allen denjenigen Staatsbürgern (VI. Const.-Ed. §. 16), welche zu einer und derselben Kirche eingepfarrt sind *). Dem steht auch der §. 26 des Bauedikts nicht entgegen; er spricht von umzulegenden Baukosten, und leidet daher auf die im §. 15 bezeichneten Hand- und Fuhrarbeiten oder Frohnden schon den Wortbegriffen nach keine Anwendung **). Gemäß der §§. 87, 89 und 91 der Prozeßordnung wurde deßhalb in dem Befehl vom 20. Juni d. J. vorerst dem Namens des beklagten Kirchspiels aufgetretenen Gemeinderath, da kein Gesetz ihn als das Organ des Kirchspiels bezeichnet, die Nachweisung seiner Sachlegitimation aufgegeben. Da diese nicht erfolgt ist, so muß nunmehr angenommen werden, daß derselbe zur Vertretung der beklagten Kirchspielsgemeinde nicht legitimirt sei. Die Wirkung davon ist nach §. 92 und 170 der Prozeßordnung, daß daß Verfahren nichtig und für die Kirchspielsgemeinde jedenfalls ohne rechtliche Folgen ist, und daß die Kosten zu compensiren sind, weil die für die Beklagten aufgetretenen Vertreter sowohl als der Kläger sich im Verschulden befinden, erstere, weil sie wissen sollten, daß die Vertreter der politischen Gemeinde nicht die gesetzlichen Vertreter der Kirchspielsgemeinde sind, Landrechtssatz 1 b; und der letztere, weil er aus gleichem Grunde nicht mit den nicht legitimirten Vertretern hätte verhandeln sollen, ohne irgend eine Einwendung deßfalls vorzubringen. Es wäre nun zuvörderst gemäß §. 91 der Prozeßordnung die Ladung gegen die wirklichen Beklagten, die Kirchspielsgemeinde, zu erlassen, und derselben beziehungsweise deren Genossen ordnungsmäßig zu insinuiren, wenn überhaupt die Lage der Sache von der Art wäre, daß die Klage zur Ladungsverfügung sich eignete, §. 1223, 1224 verbunden mit §. 91 der Prozeßordnung. Da dieß aber dem Obigen zufolge nicht der Fall, die Klage vielmehr in Rechten nicht begründet ist, so bedarf es der Hereinziehung der beklagten Kirchspielsgemeinde in die Verhandlungen weiter nicht, es genügt, daß ihr das Erkenntniß ordnungsmäßig eröffnet werde. §. 358 und 1237 der Prozeßordnung.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 406 der Prozeßordnung wurde, wie geschehen, erkannt. Zentner.

Anmerkung der Redaktion.

Die Ansicht, daß der Gemeinderath nicht der legale Vertreter der Gemeinde als Kirchspiel sei, ist erst in neuerer Zeit da und dort geltend gemacht worden, während man sonst, seit das Kirchenbauedikt besteht, in Bezug auf die Legitimation des Gemeinderaths nie den geringsten Anstand gefunden hat.

Ich halte übrigens hier nicht diese neue Ansicht, sondern die alte Praxis für richtig.

Es ist sich oben auf den §. 13 des Kirchenbauedikts zu berufen, woraus hervorgehe, daß die Kirchspielsgemeinde eine andere rechtliche Person sei als die weltliche Gemeinde.

---

seine Verbindlichkeit zum Baue, beziehungsweise zu den Hand- und Fuhrarbeiten freiwillig anerkennt, zur Tragung dieser Lasten nach §. 4 und 15 fürsorglich die Gemeinde anzuhalten. Zu entscheiden im eigentlichen Sinne gibt es hier nichts, da ohne Unterschied des Falles immer nur die Gemeinde als die in letzter Ordnung Pflichtige zum fürsorglichen Bauen anzuhalten ist. So viel mir bekannt ist, geschieht dieß im Administrativwege auch immer, es mag über die definitive Pflichtigkeit schon ein Prozeß anhängig sein oder nicht. Nur wissen die Gemeinden, wie in Administrativsachen überhaupt, den Vollzug der getroffenen Anordnungen durch allerlei Schritte, Remonstrationen ꝛc. oft noch lange hinzuhalten.

2) Handelt es sich aber gar nicht um einen speziellen Baufall, sondern nur um die Entscheidung über die Pflichtigkeit an und für sich, auf den Grund einer Confessorien- oder Negatorien-Klage, wegen künftiger Fälle oder wegen der Zehntablösung, — so können sich die Administrativbehörden in keiner Weise einmischen, also auch den Prozeß nicht abwenden. D. Red.)

*) Nach derselben Ansicht hat das Großherzogliche Ministerium des Innern in einem andern ähnlichen Falle die Einvernahme sämmtlicher Kirchspielsgenossen über die Führung des Prozesses angeordnet. D. E.

**) Auch wenn man diesen Paragraph auf die Frohnden (§. 15) ausdehnen dürfte, würde der Gemeinderath doch nicht als legitimirt erscheinen. D. E.

Digitized by Google

Aus diesem §. 13 geht aber nichts Weiteres hervor, als daß es auch Fälle gibt, wo mehrere Gemeinden mit einander zu einem Kirchspiele vereinigt sind. Für diese Fälle bestimmt der §. 13, daß die Kirchenuhr von der weltlichen Ortsgemeinde, das nicht nothwendige Ingebäude (Nebenaltäre, Orgel, Glocken) aber von dem ganzen Kirchspiel zu unterhalten sei. Daß der §. 13 nur diesen Fall im Auge hat, geht eben daraus hervor, daß er „die weltliche Ortsgemeinde" der „ganzen Kirchspielsgemeinde" gegenüberstellt.

Sind aber auch mehrere Gemeinden zu einem Kirchspiel vereinigt, so muß eben immerhin jede einzelne Ortsgemeinde, soweit sie zu den Lasten des ganzen Kirchspiels beizutragen hat, durch ihren Gemeinderath vertreten werden, und die gemeinschaftliche Angelegenheit der vereinigten Gemeinden in Bezug auf die Unterhaltung ihrer gemeinschaftlichen Kirche kann nur durch Zusammenwirken der verschiedenen Gemeinderäthe besorgt werden; denn das ganze Kirchspiel, beziehungsweise der Verband der zur Kirche vereinigten Gemeinden, hat kein gemeinschaftliches Organ in Bezug auf den von den Gemeinden zu bestreitenden Aufwand.

Es ist überhaupt ein Irrthum, wenn man auch da, wo das Kirchspiel aus nur einer Gemeinde besteht, dafür hält, der Kirchengemeinderath habe die kirchliche Genossenschaft in Bezug auf ihre weltlichen (privatrechtlichen) Ansprüche und Verbindlichkeiten zu vertreten. Der Kirchengemeinderath der Protestanten hat sich nur mit den geistigen und moralischen Interessen der Kirchengemeinde, und in ökonomischer Beziehung mit der Verwaltung der Stiftungen, der katholische Stiftungsvorstand aber ausschließlich mit der letzteren zu befassen. Ja sogar die Versammlung der kirchlichen Genossen selbst könnte in Bezug auf weltliche (pecuniäre) Rechte und Verbindlichkeiten nicht als eine organisirte Gesellschaft handeln. Ihre Verbindung ist keine äußere für weltliche Zwecke (wie die der politischen Gemeinde), sondern eine blos innere, zwanglose, zu einer gemeinschaftlichen Religionsübung. Sollten zu diesem kirchlichen Zwecke äußere (weltliche) Mittel (z. B. Kosten für kirchliche Bedürfnisse) aufgewendet werden, so kann dieß (soweit nicht das Gesetz die das Kirchspiel bildende weltliche Gemeinde dazu verbindlich macht) nur durch freiwillige Stiftungen oder verabredete Beiträge geschehen. Hätte irgend ein Gesetz die kirchliche Genossenschaft als solche zu gewissen äußeren Leistungen verbindlich machen wollen, so hätte es diese Genossenschaft in dieser Beziehung auch organisiren müssen, es hätte bestimmen müssen, daß und welche Majorität auch die Minorität verbindlich machen, daß und wie die (organisch durch Stimmenmehrheit sich aussprechende) Gesammtheit die einzelnen Mitglieder besteuere, beziehungsweise zu Beiträgen verpflichten könne, und nach welchem Maßstabe. Derartige Bestimmungen konnte aber das Gesetz nur darum umgehen, weil es der kirchlichen Genossenschaft als solcher nirgends weltliche Verbindlichkeiten auferlegte. Die Gründung kirchlicher Institute und überhaupt die Bestreitung kirchlicher Bedürfnisse, mit Ausnahme der kirchlichen Baulasten, ist dem freien Entschlusse von Stiftern oder Contribuenten, oder endlich der freien Fürsorge aus Staatsmitteln überlassen, und der hievon allein ausgenommene Aufwand für die kirchlichen Gebäude ist (soweit nicht dazu privatrechtlich Verpflichtete vorhanden sind) durch das Edikt von 1808 den Gemeinden zugewiesen, welche das Kirchspiel ausmachen, deren Mitglieder nämlich zugleich die kirchliche Genossenschaft bilden, oder die wenigstens diese Genossenschaft (als die herrschende Kirche des Orts) in ihrer Mitte haben. Deswegen, und nur deswegen bedurfte es keiner weiteren organischen Bestimmungen für die Kirchengemeinden in weltlicher Beziehung.

Daß übrigens die Tragung von Kirchenbaulasten als die einzige gesetzlich statuirte Verpflichtung für kirchlichen Aufwand durch das Baudikt nicht den kirchlichen Genossen als solchen, sondern den (die Kirchspiele bildenden) politischen Gemeinden zugewiesen sind, ergibt sich zur Genüge aus eben jenem Edikte,

1) sowohl in Bezug auf die eigentlichen Baukosten,

2) als auch in Bezug auf die zum Bau nöthigen Hand- und Fuhrarbeiten.

Zu 1. In der ersteren Beziehung ist dieß durch die §§. 26 und 29 des Edikts entschieden.

a) Der Schätzungsfuß, von dem im §. 26 die Rede ist, ist kein kirchlicher, sondern der gemeine, in der politischen Gemeinde eingeführte, oder seit der neuen Steuerordnung jetzt das Totalsteuerkapital, — und die Vertheilung der auf das Kirchspiel fallenden Kosten soll nach jenem Schätzungsfuße, beziehungsweise Totalsteuerkapitale, unter Alle geschehen, die in der Gemarkung ein Steuerkapital besitzen. Es wird dabei weder ein Unterschied gemacht, welcher Konfession der Inhaber des Steuerkapitals angehöre, noch sogar, ob er In- oder Ausmärker sei.

Daß namentlich in Bezug auf die Konfession der Steuerkapital-Inhabee kein Unterschied gemacht werde, daß also auch die Angehörigen einer andern als der Ortsreligion, wenn sie innerhalb der Gemarkung Steuerkapitalien besitzen, davon beizutragen haben, geht schon aus der allgemeinen Fassung hervor, wornach die Kosten

„auf alle von In- und Ausmärkern brsessenen Güter (Steuerkapitalien) .... ohne Unterschied .... ausgeschlagen werden,"

die Angehörigen der andern Konfession aber, wenn sie in der Gemarkung ein Stererkapital haben, doch jedenfalls entweder unter die Inmärker oder untrr die Ausmärker fallen müssen.

Dasselbe geht aber

b) auch daraus hervor, daß der angeführte §. 26 des des Edikts gestattet, die auf die Bürger fallenden Betreffnisse aus den entwaigen Ueberschüssen der Gemeindekasse zu bestreiten, was natürlich nicht zugelassen werden könnte, wenn das Gesetz nur die Angehörigen der Ortsreligion als pflichtig ansähe. Nur wenn alle Bürger (ohne Unterschied der Konfession) beitragspflichtig sind, ist es denkbar, daß das Gesetz die Zahlung ihrer Beiträge auf die Ueberschüsse der (Alle berührenden) Gemeindekasse anweisen lasse.

c) Der §. 26 wurde auch in der angegebenen Weise von jeher angewendet.

Das bekannte Provisorium über die Gemeindeumlagen

Digitized by Google

von 1819, dessen Bestimmungen auch in die Declarationen der Standes- und Grundherren aufgenommen wurden, setzt die Kirchenbaukosten mit den Damm-, Fluß-, Brücken- und Wegbauten ꝛc. unter die außergewöhnlichen Gemeindebedürfnisse, zu welchen Jedermann ohne Unterschied nach seinen in der Gemarkung befindlichen Steuerkapitalien beizutragen habe.

d) Mit dem erwähnten §. 26 des Baueditts steht der §. 29 in Verbindung. Dieser §. 29 spricht nämlich nicht nur von dem Falle, wo in einer Gemeinde einzelne Angehörige einer andern Konfession ohne eigene pfarrliche Rechte wohnen, sondern zugleich von wirklichen paritätischen Gemeinden, welche Kirchspiele verschiedener Konfession umfassen. Selbst in diesem letzteren Falle soll der §. 26 derjenigen Kirche zu gut kommen, welche schon vor der Spaltung in der Religion die Pfarrkirche war, wogegen die andere Kirche sich nur an ihre besonderen Mittel zu halten hat *). Die Kirche desjenigen Konfessionstheils, der schon vor der Spaltung Pfarrechte im Orte hatte, ist also auf Kosten der Gesammtheit zu unterhalten, ihre Unterhaltung fällt auf das Steuerkapital „aller In- und Ausmärker ohne Unterschied," — mit andern Worten: sie ist eine Last der weltlichen Gemeinde. Das Gesetz hebt dieß am klarsten noch dadurch hervor, daß es der Behandlung dieser (Haupt-) Kirche die andere Kirche mit der Bemerkung gegenüberstellt, daß diese sich nur an ihre besondern Mittel zu halten habe, womit ausgedrückt ist, daß die Quelle, aus der die (Haupt-) Kirche zu bauen ist, sonst gemeinschaftlich sei, nämlich der beide Konfessionstheile umfassenden weltlichen Gemeinde angehöre.

e) Sollte noch ein Rest von Zweifel übrig bleiben, so würde er sich durch den Schlußsatz des §. 29 heben, wo gesagt ist, daß die in einem Orte neu hinzugekommene Kirche, indem sie auf ihre eignen Mittel verwiesen ist, weder „an die Zehntherren noch an die weltliche Gemeinde einen Anspruch machen könne."

Damit ist e contrario erläutert, daß die Ansprüche, welche der alten Kirche vor der neuen nach §. 29 in Verbindung mit §. 26 zukommen, Ansprüche an die weltliche Gemeinde sind.

Ueberall, wo also das Edikt von baupflichtigen Kirchspielen oder Kirchspielsgemeinden spricht, versteht es darunter die politischen Gemeinden, insofern sie einzeln, oder im Vereine mit Andern, eigene Pfarrbezirke bilden, oder Pfarreien in ihrer Mitte haben. Die politischen Gemeinden haben oder bilden Pfarreien, und von diesem Standpunkte aus sind sie Kirchspielsgemeinden, oder bilden sie Kirchspiele, und so sind ihnen selbst die Baulasten für die kirchlichen Gebäude zugewiesen.

Sind es aber die, die Kirchspiele bildenden, politischen Gemeinden, welchen das Edikt die Baupflicht in letzter Ordnung zuweist, so sind in den darüber entstehenden Prozessen ohne Zweifel die Gemeinderäthe, überhaupt die durch die Gemeindeordnung organisirten Gemeindebehörden, die gesetzlichen Beeteeter, und es bedarf zur Prozeßführung weder einer obervormundschaftlichen (oder Staats-) Genehmigung, noch der Mitwirkung eines Kirchengemeinderaths oder Stiftungsvorstandes, oder einer Versammlung der kirchlichen Genossenschaft.

Gilt dieß von Prozessen über die Hauptbauführung, so muß es

zu 2) auch von den Prozessen über die zum Baue nöthigen Hand- und Fuhrdienste gelten.

Auch diese sind im §. 15 des Edikts nicht als eine Last der Glaubensgenossen als solcher, sondeen als eine Last des Kirchspiels, d. i. der das Kirchspiel bildenden politischen Gemeinde erklärt.

Ist auch der §. 26 für die Hand- und Fuhrdienste nicht maßgebend, so ist doch der §. 29 auf sie eben so anwendbar wie auf die Hauptbaupflicht. Es schlagen also hier die oben unter 1. d. und e. angeführten Gründe in gleicher Weise an.

Dazu kommt noch, daß die Gesetze über solche kirchliche (d. h. den Glaubensgenossen als solchen obliegende) Frohnden nicht nur keine nähere (den Maßstab bestimmende) Vorschriften geben, sondern daß sie solche Frohnden gar nicht einmal kennen.

Der §. 16 des VI. Konstitutionsedikts vom 4. Juni 1808 ist hierüber maßgebend. Derselbe erkennt (außer den im §. 17 abgehandelten privatrechtlichen Herrnfrohnden) als öffentliche Frohnden nur allein: die Landesfrohnden, die Gerichtsfrohnden und die Gemeindefrohnden. Da nun die Frohnden, von welchen der §. 15 des kurz vorher erschienenen Baueditts spricht, nicht zu den Landes- oder Gerichtsfrohnden gehören, so können sie nur unter den Gemeindefrohnden verstanden sein.

Ebenso sind die verschiedenen Frohnden im §. 9 der Verordnung vom 18. April 1810 (Reg. S. 122—123) zusammengestellt, und es sind unter lit. b

„die Gemeindsfrohnden zu Wegen, Rath-, Schulhäusern etc."

als

„einer Austheilung unter den Gemeindegliedern"

unterliegend aufgeführt. Damit sind also die Frohnden zu den Schulhäusern ausdrücklich als Gemeindefrohnden erklärt, und da die kirchlichen Gebäude durch das Baudikt in dieser Hinsicht den Schulgebäuden gleichgestellt sind, so sind eben damit auch die Hand- und Fuhrdienste zu kirchlichen Gebäuden als Gemeindefrohnden erklärt.

Sind also die nach §. 15 des Edikts zu leistenden Frohnden wirkliche Gemeindefrohnden, so müssen auch hier, wie in Prozessen über die Hauptbaupflicht, die durch die Gemeindeordnung organisirten Gemeindebehörden zur Prozeßführung legitimirt sein. D. Red.

*) Diese gesetzliche Regel findet natürlicherweise da keine Anwendung, wo (z. B. in der Pfalz) besondeee Verträge über die gegenseitigen Rechte verschiedener Konfessionstheile in der nämlichen Gemeinde bestehen. Nach solchen Verträgen können z. B. die Lasten beider Theile gleichmäßig auf die Gesammtheit übernommen, oder beiderseits auf eigene Mittel verwiesen sein. Dingrecht bricht Landrecht. In anderen Fällen muß es aber nach der Regel des §. 29 gehalten werden. Die alte Kirche des Orts fällt in Bezug auf ihre Baukosten der Gesammtheit zur Last, wogegen die Angehörigen der neuen Kirche, die erst später Pfarrechte in dem zur andern Konfession gehörigen Orte erhalten haben, von ihren Steuerkapitalien zu den Kosten der Hauptkirche beizutragen, und daneben für ihre eigne Kirche noch allein zu sorgen haben.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 15. Karlsruhe den 15. April 1843.

I.

Ueber die Gültigkeit eines liegenschaftlichen Kaufvertrags, welcher von einem im Bezirke der gelegenen Sache angestellten Richter oder Anwalte abgeschlossen wurde; insbesondere über den Sinn und die Bedeutung des Landrechtsatzes 1597; über Aufnahme und Fortsetzung eines vom Verkäufer begonnenen Rechtsstreites durch seinen besonderen Rechtsnachfolger und über die Natur und Grenze der Ausdehnung einer rechtskräftigen Entscheidung.

§. 1. Die Grundherrschaft Neuweiher bei Steinbach, Amts Bühl, gehörte dem Grafen Edmund v. Kesselstatt in Trier und dem gräflich von Kesselstatt'schen Stamme (zerstreut domicilirt), der Freifrau Sophie v. Fechenbach Sommeran in Würzburg und der Ehefrau des Rath Asmut, geborne Freiin v. Fechenbach in Steinbach als ein ungetheiltes Miteigenthum zu.

Im Jahre 1836 erhob der bei dem Großherzoglichen Hofgerichte in Rastatt angestellte Advokat Rindeschwender Namens des gräflich von Kesselstatt'schen Stammes gegen die beiden andern Miteigenthümer eine Klage auf Theilung der fraglichen im Rastatter Hofgerichtsbezirke gelegenen Grundherrschaft.

Das Klagbegehren beantragte ein dahin zu erlassendes Erkenntniß:

„es sei die Grundherrschaft Neuweiher im Wege gerichtlicher Versteigerung unter Zugrundlegung der im §. 6 der Klagschrift gemachten Bedingungen unter den Streitenden zu theilen, und den Klägern als ihr Antheil daran $^{1888}/_{4020}$ Theile des Erlöses aus der Versteigerung zuzusprechen."

Dieses Klagbegehren wurde von der einen Mitbeklagten der Räthin Asmut, seinem ganzen Inhalte nach widersprochen, und also namentlich die Nothwendigkeit der Versteigerung des Guts in Abrede gestellt, die Zulässigkeit der Theilung im Stücke behauptet, fürsorglich andere Versteigerungsbedingungen aufgestellt, die Größe des Antheils der Kläger an der Grundherrschaft (mindestens in gewisser Art und Richtung) geläugnet, und endlich die Abweisung der Kläger mit ihrer Klage verlangt.

Die andere Mitbeklagte, Freifrau v. Fechenbach zu Würzburg, ließ sich nicht vernehmen, und wurde sofort durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 5. August 1837 mit ihren Einreden ausgeschlossen, und ihr gegenüber dem klägerschen Antrage auf gerichtliche Versteigerung der Grundherrschaft stattgegeben, und den Klägern als ihrem Antheil $^{1888}/_{4020}$ Theile des Erlöses zugeschieden.

Der mitbeklagten Frau Asmut gegenüber wurde den Klägern durch dasselbe Urtheil der Beweis der Untheilbarkeit der Grundherrschaft in der Art auferlegt, daß der von ihnen angesprochene Antheil vom Ganzen nicht füglich im Stück getheilt werden könne.

Nachdem dieses Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hatte, wurde unterm 23. Januar 1838 zwischen den Klägern (dem gräfl. v. Kesselstatt'schen Stamme) und ihrem Anwalte, Advokat Rindeschwender in Rastatt, ein Kaufvertrag abgeschlossen, wornach erstere ihren Antheil an dieser Grundherrschaft Neuweiher, bestehend in $^{1888}/_{4020}$ Theilen des ganzen Gutes an letztern zu einem wahren, unwiderruflichen Eigenthume mit allen darauf ruhenden Rechten verkauften.

Nach §. 9 des Kaufvertrags übernimmt der Käufer die alleinige Vertretung des gräfl. v. Kesselstatt'schen Stammes rücksichtlich der schon anhängigen oder künftig erho-

Digitized by Google

den werdenden Ansprüche der Räthin Asmut, und hat der Käufer deßhalb in jeden Rechtsstreit, den die Frau Asmut gegen den genannten gräfl. v. Kesselstatt'schen Stamm erhebt, als Hauptintervenient einzutreten.

In §. 11 wurde festgesetzt, daß die noch zu bezahlenden Kosten jener Rechtsstreite, welche die Asmut'sche Ehefrau gegen den v. Kesselstatt'schen Stamm geführt hat oder noch führt, allein den Käufer berühren, und sodann weiter Folgendes festgesetzt:

„die gleiche Bedingung wird auch rücksichtlich der gegen Asmut und die Frau v. Fechenbach von Seiten der Verkäufer erhobenen Theilungsklage gestellt, und dem Käufer freigegeben, sie als von heute an beim Gerichte für niedergeschlagen zu erklären, oder sie für seine Rechnung mit Rechten und Lasten anfzunehmen und fortzusetzen."

§. 2. Nachdem Käufer diesen Vertrag ordnungsmäßig in die Kauf- und Gewährbücher hatte eintragen lassen, trat er nun selbst in eigenem Namen in einer Eingabe vom 15. Juli 1838 den durch das erwähnte hofgerichtliche Erkenntniß vom 25. August 1837 auferlegten Beweis an.

Er berief sich auf den inzwischen stattgehabten Verkauf, insbesondere auf die allegirten §§. 9 und 11 des Kaufvertrags, erklärte sich hierdurch für berechtigt, den vorliegenden Rechtsstreit als Hauptintervenient aufzunehmen, und an der Stelle der früheren Kläger in den Theilungsstreit einzutreten, beziehungsweise denselben auf seine Rechnung und auf seine Gefahr fortzusetzen.

Der Gegentheil, d. h. die Räthin Asmut, bestritt dem Käufer das Recht, als Hauptintervenient eintreten zu können, und setzte überdies dem fraglichen Kaufvertrage die Einrede der Nichtigkeit nach Landrechtsatz 1597 entgegen, weil dieses Gesetz den Anwälten verbiete, solche Prozesse, streitige Rechte und Ansprüche käuflich zu übernehmen, welche zur Erkenntniß jenes Gerichts gehörten, in dessen Bezirk sie amtsberechtigt sind, was hier bei dem Käufer, Advokat Rindeschwender, der Fall sei.

Das Hofgericht ging jedoch in seinem Erkenntniß vom 13. Februar 1839 II. S. auf diese Einrede nicht ein, und sprach vielmehr die Ansicht aus, daß

1) es auf den prozessualischen Namen, den sich Rindeschwender als Hauptintervenient beilege, nicht ankomme, daß er vielmehr als Rechtsnachfolger im Sinne des §. 801 der Prozeßordnung behandelt werden müsse;
2) Daß diesem Kaufe nicht die Bestimmung des Landrechtsatzes 1597 entgegenstehe, weil die hier ausgesprochene Nichtigkeit eine solche sei, welche bloß zu Gunsten und in Beziehung auf Verbindlichkeiten des Verkäufers festgesetzt sei, und daher nach Landrechtsatz 6 o auch nur von diesem und nicht vom Beklagten geltend gemacht werden könnte, rücksichtlich dessen daher diese Einrede als eine exceptio do jure tertii erscheine.

Darnach erschien dieser Kaufvertrag dem Hofgerichte als eine erhebliche Thatsache, und da von der Beklagten auch überdieß der Abschluß dieses Vertrags in Abrede gestellt wurde, so legte der Gerichtshof dem Kläger durch vorbemerktes Erkenntniß den Beweis desselben, so wie den Eintrag des Kaufs in die Grund- und Gewährbücher auf.

Kläger trat sofort auch diesen Beweis an, worauf die Beklagte Asmut unterm 12. Mai 1839 bei dem Hofgerichte folgende Erklärung abgab:

„sie anerkenne die vom Kläger behauptete Untheilbarkeit der Grundherrschaft, und willige in die Versteigerung derselben en bloc ein."

Der Gerichtshof verfügte auf diese Erklärung durch einfachen Beschluß vom 16. Mai 1839,

„daß man den Rechtsstreit hiernach für erledigt halte."

Auf die dagegen vom Advokat Rindeschwender erhobene Beschwerdeführung und Behauptung, daß mit dieser Erklärung der ganze Rechtsstreit nicht erledigt sei, verfügte das Großherzogliche Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 21. Dezember 1839, daß das Hofgericht vorerst noch über die Activlegitimation des Advokaten Rindeschwender zur Sache, über den Antheil des Klägers an der Grundherrschaft, so wie endlich über die bei der Versteigerung zu setzenden Bedingungen Erkenntniß zu geben habe.

Nach gepflogenen Verhandlungen erkannte das Hofgericht rücksichtlich der ersten Frage durch besonderes Urtheil vom 18. August 1841 dahin zu Recht:

„daß der als Rechtsnachfolger des gräflich v. Kesselstatt'schen Stammes aufgetretene Advokat Rindeschwender für nicht legitimirt zu erklären sei."

In den Entscheidungsgründen führt der Gerichtshof gegen seine frühere Entscheidung vom 13. Februar 1839

Digitized by Google

aus, daß der zwischen Rindeschwender und den Grafen v. Kesselstatt abgeschlossene Kauf, da der Gegenstand nach §. 257. 6 der Prozeßordnung ein streitiger war, allerdings unter die Bestimmung des Landrechtsatzes 1597 falle, und daß die hierin ausgesprochene Nichtigkeit nicht eine solche sei, welche nach Landrechtsatz 6 o bloß von dem Verkäufer oder Käufer geltend gemacht werden könne, sondern daß auch der abgetretene Schuldner diese Einrede der Nichtigkeit vorzuschützen berechtigt sei, indem der Artikel nicht unterscheide und überdies im öffentlichen Interesse verhindern wolle, daß Anwälte ihre amtliche Stellung und ihre Ueberlegenheit zu Privatzwecken benützen.

Auf erhobene Berufung wurde dieses Urtheil durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 7. Januar 1842 lediglich bestätigt.

Der oberste Gerichtshof ging bei diesem seinem Urtheile von folgenden Gründen aus:

1) Es liege hier keine Hauptintervention vor, da alle und jede Voraussetzungen dazu nicht vorhanden seien. Betrachte man aber
2) den Advokaten Rindeschwender als Rechtsnachfolger, so sei derselbe nicht zur Sache legitimirt, da dem desfalls angerufenen Kaufe die Einrede der Nichtigkeit (nach Landrechtsatz 1597) entgegenstehe, weil Anwälte Prozesse nicht an sich kaufen dürften."

§. 3. Die eben angeführten beiden Urtheile und die darin ausgesprochenen Ansichten bezeichnen von selbst die Grenzen, in welchen sich die Beurtheilung und Prüfung der vorliegenden Sache zu bewegen hat.

Es handelt sich:

1) um die Anwendbarkeit des Landrechtsatzes 1597;
2) um das Einrücken des Käufers in den von seinen Rechtsvorfahren begonnenen Rechtsstreit; litis reassumptio;
3) um die gegenwärtige Rechtslage bei vorliegendem rechtskräftigem Urtheile des Oberhofgerichts.

§. 4. Nichtanwendbarkeit des Landrechtsatzes 1597.

Um einen richtigen Standpunkt zu gewinnen, ob mit Recht oder Unrecht der Landrechtsatz 1597 auf den vorliegenden Fall angewendet wurde, ist vorerst an der Thatsache festzuhalten, daß hier ein förmlicher Liegenschafts-Kaufvertrag abgeschlossen worden sei, indem die Verkäufer dem Advokaten Rindeschwender ihren wirklichen Antheil an der Grundherrschaft Neuweiher um die Summe von 62,000 fl. als ein unwiderrufliches Eigenthum abgetreten haben.

Der zwischen beiden Theilen abgeschlossene Vertrag vom 23. Januar 1838 läßt über diese Thatsache keinen Zweifel, und es wurde auch ein solcher von dem Beklagten überall nicht erhoben.

Halten wir aber damit den Landrechtsatz 1597 zusammen, so ergibt sich auf den bloßen Anblick, daß derselbe nicht von Liegenschaften, sondern nur von unkörperlichen Sachen spreche.

Es heißt nämlich darin:

„Richter, Anwälte u. s. w. können keine Prozesse, keine streitigen Rechte und Ansprüche übernehmen."

Der Artikel hat also Klagansprüche, Rechte, Forderungen, mit einem Worte unkörperliche Sachen zu seinem Gegenstande, nicht aber Liegenschaften.

Daß der Artikel absichtlich nur bezüglich jener, nicht aber auch bezüglich dieser ein Verbot aussprechen wollte, soll sogleich näher begründet werden, und daß zwischen beiden tiefgehende Unterschiede vorhanden sind, bedarf wohl kaum einer Erwähnung.

In der Liegenschaft sind die Rechte als Bestandtheile schon von Rechtswegen enthalten, Landrechtsatz 544, und es sind also auch im vorliegenden Falle, wo das Eigenthum des Guts selbst verkauft wurde, alle die Rechte, deren der Artikel 1597 Erwähnung thut, als natürliche Zubehörden darin eingeschlossen; nicht aber umgekehrt begreifen die erwähnten Rechte auch das Eigenthum des Guts in sich.

Zwar sagt eine römische Stelle „qui actionem habet, rem ipsam habere videtur," allein daß es damit nicht recht Ernst ist, und daß zwischen einem Anspruche auf eine Sache und zwischen einem gewonnenen Rechtsstreite sich eine weite Kluft aufthue, lehrt die tägliche Erfahrung.

Der Unterschied also zwischen dem Anspruche auf eine Sache und zwischen der Sache selbst besteht, und da die Bestimmung des Landrechtsatzes 1597 eine Ausnahme ist, wie sich dieß aus Landrechtsatz 1123 und 1594 mit voller Gewißheit ergibt, so folgt zugleich, daß jene Bestimmung von 1597 nicht ausdehnend erklärt werden dürfe, daß also der Richter in der Anwendung an

Digitized by Google

die Ausdrucks- und Fassungsweise dieses Artikels gewiesen sei.

Allein diese Ausdrucksweise stimmt auch, und nur sie, mit der Absicht des Gesetzes vollkommen überein.

Der Gesetzgeber wollte nicht, und er hatte dazu vollauf genügende Gründe, daß diejenigen Personen, in deren Hände er die Ausübung der Rechtspflege legte, mit den Gegenständen ihrer amtlichen Thätigkeit — mit den von ihnen und durch sie zu betreibenden Rechtsstreitigkeiten — selbst Handel und Wandel treiben, und darum hat er ihnen verboten, fremde Rechtsstreitigkeiten, überhaupt streitige Rechte und streitige Ansprüche käuflich an sich bringen zu dürfen.

Was schon für den gewöhnlichen Staatsbürger kein gerade unverfängliches und ehrenhaftes Geschäft ist, wurde mit Weisheit für Richter und Anwälte u. dgl. zu einem verbotenen erklärt.

Aber nach der Ansicht im bürgerlichen Leben und noch mehr nach dem Standpunkte des Gesetzgebers wesentlich davon verschieden ist der Ankauf der Güter und der Liegenschaften selbst.

Darin liegt nichts Verfängliches, nichts Unehrenhaftes weder für den Bürger, noch etwas Verletzendes und mit der Stellung Unverträgliches für Richter und Anwalt, da hier nicht der Rechtsstreit, nicht das streitige Recht den Vertragsgegenstand bildet, sondern die Liegenschaft selbst.

Was dort die Hauptsache und dadurch das Gehässige ist, wird hier zur Nebensache, die bei jedem Kaufe vorkommen kann, und oft genug vorzukommen pflegt. Aber nach dieser Nebenseite wird im Leben das Rechtsgeschäft weder angesehen noch vom Gesetze beurtheilt.

Hätte Advokat Rindeschwender statt der Grundherrschaft bloß den anhängigen Theilungsstreit an sich gebracht, so würde zweifellos das Verbot des Landrechts auf ihn anwendbar sein; — in dem Kaufe des Gutes selbst aber lag durchaus nichts Verfängliches, nichts Verbotenes.

Annehmen, daß sich die Bestimmung des Landrechtsatzes 1597 auch auf liegenschaftliche Käufe und Verkäufe beziehe, hieße die Richter, Anwälte u. s. w. von allen Verträgen dieser Art in einer ganzen Provinz ausschließen, und für diese Personen alle Güter ihres Gerichtsbezirks extra commercium erklären.

Man wende nicht ein, daß sich die Bestimmung des Landrechts bloß auf streitige Rechte beziehe; denn Streitigsein ist eine bloße Thatsache, deren Erhebung mit Leichtigkeit jedem Gegner des Richters oder Anwaltes möglich ist.

Aus dem Bisherigen folgt nun

1) daß das Verbot des Landrechtsatzes 1597 eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Vertragsfähigkeit der Personen ist;
2) daß folgeweis dieses Verbot, als Ausnahme, über seinen Wortlaut nicht ausdehnend erklärt werden dürfe;
3) daß dieser Wortlaut nur von unkörperlichen Sachen spreche, somit nicht auf Liegenschaften bezogen werden könne;
4) daß mit diesem Wortlaute die Absicht des Gesetzgebers und die Natur der Sache übereinstimme.

§. 5. Außer den angegebenen Beziehungen bietet der Landrechtsatz 1597 noch einen andern in gegenwärtigem Rechtsstreite nicht beachteten Gesichtspunkt dar, aus dem die Ansicht des vorhergehenden Paragraphen bestätigt und die Nichtanwendbarkeit dieses Artikels auch von dieser Seite begründet wird.

Der französische Text dieses Artikels sagt nämlich:

„les juges etc. ne peuvent devenir *cessionaires* des procès, droits et actions litigieux,"

und das badische Landrecht, welches das Wort „cessionaire" mit Rechtsnehmer übersetzt (s. Landrechtsatz 1689 folg.), wendet auch bei obiger Stelle den Ausdruck „Rechte übernehmen" wieder an.

Das Rechtsverhältniß also, welches dem Landrechtsatz 1597 zum Grunde liegt, ist eine Cession. Der Gegenstand einer Cession aber nach dem achten Capitel des dritten Buchs (1689 folg.) sind Forderungen und andere unkörperliche Rechte. Die Cession geht zwar regelmäßig vermöge eines Kaufvertrags vor sich, daher das französische wie das römische Recht die Cession als einen Anhang zu dem Kaufe vortragen;

vergl. Lib. 18. tit. 4. D. de hereditate vel actione vendita. Code civil. Tit. vom Kaufe. Artikel 1689 folg.

allein, dieser unrichtigen Stellung im System ungeachtet, ist die Cession eine vom Kaufe verschiedene, auf ihren eigenthümlichen Grundlagen beruhende Rechtslehre, und man kann daher nicht, wie im vorliegenden Falle geschehen, die besonderen Bestimmungen der Cession auf den Kauf geradezu anwenden.

Daß man die Besonderheiten beider Vertragsarten scharf im Auge behalten müsse, um sich keinen Mißgriffen auszusetzen, geht auch aus folgendem Rechtsfalle hervor, der, weil er das Princip der Verschiedenheit beider Verträge entscheidet, und folglich mit vorliegender Frage übereinkommt, hier seiner Wesenheit nach eine Stelle verdient.

Die französische Gemeinde la Roche-Canilhac forderte von einem gewissen Speher das Eigenthum eines Waldes, genannt Laveissière, welchen derselbe von dem N. Rogery zu einer Zeit erkauft hatte, als die Gemeinde bereits mit diesem Rogery im Streite wegen Eigenthums-Anspruchs auf eben diesen Wald begriffen war, daher hier ein strittiger Gegenstand vorläge, auf welchen sie, die Gemeinde, die Bestimmung des Art. 1699 angewendet wissen wollte, indem sie sich anbot, dem Speher den Kaufpreis zu vergüten, den er seinem Verläufer gezahlt hatte.

Speher entgegnete, daß der Art. 1699 sich nur auf Cessionen unkörperlicher Rechte beziehe und daher nicht auf den Kauf von unbeweglichen Gegenständen bezogen werden dürfe.

Das Gericht erster Instanz hielt diese Einrede für begründet und sprach daher aus:

Digitized by Google

„considérant que la demande formée par la commune de „la Roche-Canilhac et tendant à être autorisée à exercer „le retrait du bois Laveissière aux termes de l'art. 1699 „ne saurait être admise, *parceque cet article ne s'applique „qu'aux droits incorporels et non aux immeubles et autres „objets corporels.*"

Berufung dagegen und lediglich Bestätigung durch die cour royale von Riom. Ergreifung des Rechtsmittels der Cassation durch die Gemeinde und Cassations-Urtheil vom 24. November 1818 lautend:

„Attendu que la subrogation aux cessions de droits litigieux, „autorisée par l'art. 1699 n'a pour objet *que les créances „et les autres droits incorporels, qu'elle est par „conséquent inapplicable aux immeubles*, qui étant „des corps certains et déterminés, ne sont point compris „dans la disposition de cette art. etc."

Sirey XIX. I. 205.

Man ersieht aus diesem Erkenntnisse, wie genau die französischen Gerichte zwischen den der Cession eigenthümlichen Bestimmungen und zwischen dem Liegenschaftskaufvertrage unterschieden und sich gehütet haben, eine Vorschrift der Cession, den Art. 1699, auf den erwähnten Kaufvertrag in Anwendung zu bringen.

Wir haben in unserm Falle genau dieselbe Frage; ob nämlich die auf Cession unkörperlicher Sachen sich beziehende Bestimmung von Landrechtssatz 1597 auf einen Liegenschaftskaufvertrag in Anwendung gebracht werden solle?

In Frankreich wurde diese Frage wirklich in drei Instanzen gleichlautend verneint.

§. 6. Als eine fernere Folge der Verwechslung des hier besprochenen liegenschaftlichen Kaufvertrags mit der Cession, von welcher in S. 1597 allein die Rede ist, erscheint der Umstand, daß man der Frau Asmut überhaupt ein Recht zugestand, die Einrede der Nichtigkeit gegen das Rechtsgeschäft des Advokaten Rindeschwender vorschützen zu dürfen.

Es stünde ihr nämlich diese Einrede nur dann zu, wenn sie die debitrix cessa, die abgetretene Schuldnerin, in diesem Rechtsgeschäfte wäre.

Gerade diese Voraussetzung ist aber hier nicht vorhanden, weil keine Cession vorliegt.

Das letztere Rechtsgeschäft setzt nämlich schon vermöge seines Begriffs einen Schuldner voraus, dessen Schuld von dem Gläubiger auf einen neuen Gläubiger übertragen wird. Landrechtssatz 1689.

Hier ist nun begreiflich, daß dem Schuldner die Befugniß zustehen müsse, gegen eine ungültige, ihn in seinen Rechten berührende Aufdringung eines neuen Gläubigers Einsprache zu erheben, die er sogar nach Umständen, wenn z. B. der Rechtsgeber (cedens) ein Minderjähriger wäre, erheben muß, wenn er nicht an den Rechtsnehmer auf ungültige Weise Zahlung leisten will.

Daher gestattet der Landrechtssatz 1295 auch dem abgetretenen Schuldner eine Einrede gegen die Cession seiner Schuld und Landrechtssatz 1241 macht ihm die Vorschützung einer solchen Einrede nach Umständen zur Nothwendigkeit.

Ganz anders verhält sich aber die Sache bei einem Liegenschaftsverkaufe, bei welchem ein debitor cessus gar nicht vorhanden ist.

Gerade darin nämlich besteht ein Hauptunterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen, daß bei jenen dem Eigenthümer kein bestimmter Verpflichteter gegenüber steht, sondern es ist dies nur bei den persönlichen Klagen der Fall *).

Hier liegt aber der Verkauf eines dinglichen Rechts vor, und keines Forderungsrechtes; darum ist in schulgerechter Folgerung auch die Beklagte Asmut keine abgetretene Schuldnerin, womit ihr zugleich das Recht abgeschnitten ist, gegen diesen Liegenschaftskaufvertrag die Einrede der Nichtigkeit vorschützen zu dürfen.

Dem Eigenthümer steht das unbeschränkte Verfügungsrecht über sein Eigenthum zu und keinem Dritten räumt das Gesetz die Befugniß ein, gegen sein Verkaufsrecht eine Einsprache zu thun.

Es mag zwar geschehen und kömmt dies täglich vor, daß durch neue Käufe uns persönlich unangenehme Nachbarn aufgedrungen werden, was besonders bei gemeinschaftlichen Wohngebäuden eine höchst verdrießliche Erscheinung sein mag; allein die Rücksicht auf das Recht steht höher, als die Behaglichkeit der Nachbarn und Miteigenthümer und die neuere Gesetzgebung hat mit Recht jenes Mittel vollends beseitigt, welches früher gegen das Aufdrängen lästiger Theilhaber eine Abhülfe gewährte; das Loosungsrecht nämlich ist aufgehoben, und damit steht jetzt Landrechtssatz 577 b f ohne die hemmende Beschränkung des Nachsatzes da, d. h. es kann jetzt, um mit dem Gesetze zu reden, jeder Miteigenthümer sein Recht nach Belieben an andere Personen veräußern.

Regierungsblatt von 1839, Nr. 23, S. 192.

§. 7. Wie ich bereits erwähnte, bezieht sich die Bestimmung des Landrechtssatzes 1597 nicht nur auf Rechte, sondern auf streitige Rechte.

Im vorliegenden Falle aber war der Verkaufsgegenstand kein streitiger, sondern ein ganz unbestrittener, wo-

*) Man kann vielleicht die Natur der dinglichen und persönlichen Rechte nicht besser als dadurch ausdrücken, daß man sagt, den dinglichen Rechten steht Niemand, oder Alle, den persönlichen Rechten nur bestimmte Personen als verpflichtet gegenüber.

Die Wesenheit der persönlichen Rechte geht auf ein Thun und zwar auf ein vertragsmäßig bestimmtes Thun. Unter diesem Thun ist auch das Geben, als eine Art des Thuns, aber eben so auch das Nichtthun begriffen; denn auch das Nichtthundürfen, als eine vertragsmäßige Vorschrift eines bestimmten Verhaltens, erscheint hier als ein Thun.

Umgekehrt ist das dingliche Recht dahin gerichtet, daß außer dem Berechtigten Niemand etwas thue und alle das Recht anerkennen müssen. Ja ein bestimmtes Thun durch eine bestimmte Person ist beim dinglichen Rechte undenkbar, weil diese Verbindlichkeit nur Folge eines Vertrags, also eines persönlichen Rechtes sein kann.

Dem persönlichen Rechte entspricht eine bestimmte vertragsmäßige Verbindlichkeit, dem dinglichen Rechte steht nur die allgemeine, gesetzliche Pflicht eines jeden Staatsbürgers gegenüber, dieses Recht nicht antasten zu dürfen. (Anm. d. Verf.)

Digitized by Google

mit wir einen weitern schlagenden Grund für die Nichtanwendbarkeit des S. 1597 haben.

Daß aber der Verkaufsgegenstand ein nicht streitiger war, ergiebt sich mit Bestimmtheit aus folgender aktentreuer Darstellung.

Früher und noch gleichzeitig mit dem vorliegenden Theilungsstreite, welchen Graf von Kesselstatt erhob, war ein von der Räthin Asmut als Klägerin erhobener Eigenthumsstreit anhängig, in welchem sie gegen die beiden andern Miteigenthümer der Grundherrschaft, die Frau von Fechenbach und die Grafen von Kesselstatt (ihren Bruchtheil von $^{921}/_{4020}$ Theilen, den sie dann später dem Herrn von Bechtolsheim, der Mitbeklagter war, abkaufte, lasse ich der mehreren Deutlichkeit wegen hier unberührt) aus einem Vermächtnisse der beiden Fräulein Mariane und Therese von Knebell $^{792}/_{4020}$ Theile der Grundherrschaft in Anspruch nahm.

Die Beklagten stellten das Dasein eines solchen Vermächtnisses in Abrede, worauf ihnen vom Gerichte der Eid auferlegt wurde, zu beschwören, daß ihnen von der Existenz der Originalien solcher Vermächtnisse nichts bekannt sei.

Da jedoch die Beklagten diesen Eid nicht ausschwuren, wurde der Klägerin der geforderte Antheil von 792 Theilen durch das Purificationsdecret des Rastatter Hofgerichts vom 30. Juni 1837, Nr. 6329, endgültig zuerkannt.

Ehe dieses Erkenntniß erging, erhob Graf von Kesselstatt die fragliche Theilungsklage vom 1. Mai 1836 und in der Einredeschrift darauf vom 6. April 1837 behauptete unter andern auch die beklagte Asmut „daß die Antheile an der Grundherrschaft zur Zeit noch nicht richtig gestellt seien, weil noch nicht endgültig auf ihre obenerwähnten Ansprüche, worüber gegenwärtig erst auf den Eid erkannt wurde, entschieden sei."

Von dieser Behauptung nahm der oberste Gerichtshof in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheile vom 7. Januar 1842 Veranlassung und stellte die Ansicht auf, daß zur Zeit des Rindeschwenderschen Kaufes nicht blos die Zulässigkeit und die Art der begehrten Theilung, sondern auch der Theilungsfuß, so weit er den Antheil des Klägers betraf, vor Gericht bestritten gewesen sei.

Allein thatsächlich unrichtig ist es, daß der Antheil des Klägers ein bestrittener gewesen sei, was die Beklagte weder behauptete, noch behaupten konnte, die vielmehr in ihrer Einredeschrift nur aus dem Umstande, weil ihre Antheile an der Grundherrschaft in dem darüber anhängigen Rechtsstreite endgültig noch nicht festgesetzt seien, die Folgerung zog, daß die Antheile überhaupt, also auch jene ihrer (früher beklagten) Gegner noch nicht ausgemittelt wären.

Letzteres aber ist ein unrichtiger Schluß.

Aus dem Umstande nämlich, daß wenn Dreien eine Sache gehört und der Antheil des Einen daran noch nicht gänzlich festgesetzt ist, folgt gar nicht, daß auch die Antheile der beidea Andern noch nicht festgesetzt seien.

Die Antheile zweier Miteigenthümer können bis zu einem bestimmten Betrage vollauf und unbestritten im Reinen sein, wenn auch über den Antheil des dritten noch ein Zweifel obwaltet.

Dies war aber das buchstäbliche Verhältniß in vorliegender Sache, da nicht der Antheil des Klägers mit $^{1012}/_{4020}$ Theilen, auch nicht jener der zweiten Miteigenthümerin Frau von Fechenbach Sommerau mit $^{1040}/_{4020}$ Theilen (auch nicht die $^{921}/_{4020}$ Theile des Freiherrn von Bechtolsheim) im Streite lag, sondern es sich einzig um die Frage handelte, „ob die Frau Asmut die $^{792}/_{4020}$ Theile aus dem Vermächtniß der beiden Freiinnen von Knebell für sich in Anspruch nehmen könne.

Rücksichtlich dieses letztern allein streitigen Antheils konnte der damals noch anhängige Prozeß in Beziehung auf die drei Asmutschen Gegner blos den Erfolg äußern, daß ihre bisherigen Antheile erhöht, niemals aber daß sie vermindert würden; jenes, wenn die Asmut, weil der Eid geleistet worden, mit ihrer Klage abgewiesen worden wäre.

Der übrige Theil der Dreien blieb aber unter allen Verhältnissen mindestens, was er bisher schon war, ein unbestrittener, von dem Ausgange gedachten Eigenthumsstreites unberührt und unberührbar.

Zu diesem logisch richtigen Sachverhältnisse gesellt sich aber noch der doppelte Umstand, daß

1) v. Kesselstatt seiner Theilungsklage vom 1. Mai 1836 den für die Frau Asmut möglichst günstigen Ausgang des anhängigen Rechtsstreites zum Grunde legte, indem er nur seinen unbestrittenen niedrigsten Antheil mit $^{3228}/_{4020}$ Theilen in Anspruch nahm, und von den streitigen $^{792}/_{4020}$ Theilen gar keine Erwähnung machte; und daß

2) ehe der Kaufvertrag zwischen Kesselstatt und Rindeschwender zu Stande kam (23. Januar 1838) jenes Purificationsdekret vom 30. Juni 1837 schon ergangen war, wodurch sofort auch der Antheil der Frau Asmut in aller und jeder Beziehung, zum Ueberflusse, ein festbestimmter und unbestrittener ward.

Aus all' dem ergiebt sich aber zuversichtlich, daß der Antheil, welchen der v. Kesselstatt'sche Stamm in der Theilungsklage in Anspruch nahm, und den er später an Rindeschwender käuflich abtrat, ein durchaus unbestrittener war und daß, wenn je noch ein Zweifel hätte bestehen sollen, dieser durch das Purificationsdecret vor dem Kauf völlig gehoben worden ist.

Wenn nun aber der oberste Gerichtshof ferner anführt, daß auch die Zulässigkeit und die Art der Theilung von der Beklagten Asmut bestritten worden, so ist dies in rechtlicher Beziehung unerheblich.

Das Gesetz fordert, daß das Recht und der Anspruch ein bestrittener sein müsse, Landrechtssatz 1597. Allein dieses Recht und dieser Anspruch, welcher in $^{1012}/_{4020}$ Bruchtheilen an der Grundherrschaft bestand, war nach dem eben Entwickelten nicht bestritten und dieses Recht an sich wird nicht dadurch zum bestrittenen, daß sich eine

Digitized by Google

Schwierigkeit in der Ausübung ergiebt; daß also, wie geschehen, die Nothwendigkeit der Theilung im Stücke behauptet und andere Theilungs-Bedingnisse aufgestellt wurden.

Das Recht zum Gute besteht neben diesen Verhältnissen und man könnte diese in allen ihren Beziehungen zugeben, ohne daß jenes dadurch aufhört, ein unbestrittenes zu sein

Zum Ueberflusse erklärte die Beklagte in ihrer Eingabe vom 12. Mai 1839, daß sie nunmehr die vom Kläger behauptete Untheilbarkeit der Grundherrschaft anerkenne und in die Versteigerung derselben en bloc einwillige.

So wäre also auch von dieser Seite die Unanwendbarkeit des Landrechtssatzes 1597 auf unsern Fall nachgewiesen.

Diese Bestimmung, die sich nimmermehr auf liegenschaftliche Käufe (gleichviel ob bestritten oder nicht) ausdehnen läßt, fordert auch ihrem Gegenstande nach streitige Rechtsverhältnisse, die aber eben so wenig hier vorhanden sind.

§. 8. *Reassumptio litis.*

Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts unterliegt es keinem Zweifel, daß der besondere Rechtsnachfolger, und ein solcher ist der Käufer eines Grundstücks, den von seinen Vorfahren, dem Verkäufer, über den verkauften Gegenstand begonnenen Rechtsstreit in der Lage aufzunehmen berechtiget ist, in welchem der Verkäufer denselben gelassen hat.

Der Rechtsstreit über ein Grundstück ist eine Zubehörde zu dem Grundstück und wenn letzteres durch einen besondern oder allgemeinen Titel an einen Andern übergeht, so gehen zugleich, wie die am Gute haftenden Rechte, so auch die darüber vom vorigen Eigenthümer erhobenen gerichtlichen Klagen auf den neuen Eigenthümer mit über.

Diese Grundsätze sind auch in dem badischen Prozeßrechte aufgenommen, obgleich die betreffende Stelle rücksichtlich der Fassung Manches zu wünschen übrig läßt.

Prozeßordnung §. 801.

In unserm Falle stand nun dem Advokaten Rindeschwender unzweifelhaft die Befugniß zu, in den Rechtsstreit seines Vorfahren des Herrn von Kesselstattschen Stammes einzutreten. Er bedurfte dazu weiter nichts, als der Vorlage des zwischen ihm und Kesselstatt abgeschlossenen Kaufes und darin lag die vollaufgenügende Sachlegitimation zu seinem Eintritte.

Rindeschwender hat dieses auch in seiner §. 2 erwähnten Eingabe, aber auf eine etwas unzweckmäßige Weise gethan. Unter Beziehung auf §. 9 und 11 des Kaufvertrages nannte er sich Hauptintervenient, obwohl er nach den Worten des §. 9 nur in jenen Rechtsstreiten, welche die Frau Asmut gegen Kesselstatt erheben würde, als Hauptintervenient eintreten sollte, nicht aber in dem vorliegenden Theilungsprozesse, rücksichtlich dessen §. 11 des Kaufvertrags ausdrücklich festsetzte, daß es ihm, Rindeschwender, frei gegeben ist,

„diesen Rechtsstreit entweder niederzuschlagen oder ihn „für seine Rechnung mit Rechten und Lasten aufzu„nehmen und fortzusetzen."

Rücksichtlich dieses Rechtsstreites, der allein in Frage liegt, war also von der Hauptintervention mit keiner Sylbe die Rede, sondern ganz richtig nur davon, daß Rindeschwender ihn in eigenem Namen aufnehmen sollte. Es war also ein lapsus linguae, wenn Rindeschwender sich hier Hauptintervenient nannte und in keinem Fall hätte der Richter einen Werth darauf legen sollen.

Rindeschwender legte den Kaufvertrag selbst vor, und schon daraus, aus §. 9 und 11, ergab sich, daß hier ganz unrichtig ein Ausdruck von §. 9 auf den entgegengesetzten Fall des §. 11 angewendet wurde und selbst wenn diese irrige Anwendung nach dem Vertrage eine richtige gewesen wäre, so war ein Rechtswiderspruch zwischen dem Worte und dem Vertragsgegenstande vorhanden.

Nach dem Vertrage war Rindeschwender Eigenthümer und mit der Darlegung dieses Eigenthums beginnt seine Eingabe vom 15. Juli 1838.

Der Eigenthümer nimmt aber schon, als solcher, die von seinem Rechtsvorfahrer begonnenen Prozesse auf, ist nach Rechtsbegriffen dessen Rechtsnachfolger und nicht dessen Hauptintervenient.

Curia vero jus nosse debet und ein Rechtsbegriff und nur ein solcher war hier in Frage. Zudem ist bekannt genug, daß wir die mit der Schärfe des römischen Prozesses untergegangene genaue Klagbezeichnung, und eine Hauptintervention ist eine Klage, Prozeßordnung §. 101, nicht mehr haben,

C. 6. X. de judic. (II. 1.)

und daß alles bei uns auf die richtige Darstellung der Thatsachen gebaut werde.

J. H. Böhmer, jus eccles. Protestant. L. II. t. III. §. 3. besonders: Archiv für civilistische Praxis. I. B. 3. H. S. 361. not. XX.

Die Richtigkeit der Thatsache lag aber vor und damit war es auch Pflicht des Richters, nach der Thatsache, statt nach dem Namen die Klage zu beurtheilen und somit den Advokaten Rindeschwender als Rechtsnachfolger des Grafen von Kesselstatt zur Fortsetzung des Rechtsstreites zuzulassen.

§. 9. Jetzige Rechtslage.

Der leitende Gedanke bei den Verhandlungen war, daß Rindeschwender nicht berechtiget seie, als Intervenient in den von seinem Verkäufer begonnenen Theilungsprozeß einzustehen und ich habe in dem vorangehenden Paragraphen selbst die Unzulässigkeit dieses Auftretens anerkannt.

Dazu kam noch, daß man die Bestimmung des mehrerwähnten Landrechtssatzes 1597 gegen Rindeschwender in Anwendung brachte und aus diesen beiden Rücksichten wurde ihm das Recht der Fortsetzung des von Kesselstatt begonnenen Theilungsprozesses abgesprochen.

In letzterer Beziehung, also rücksichtlich der Anwendbarkeit von S. 1597 wurde der oberste Gerichtshof in seinem Erkenntnisse vom 7. Januar 1842 noch insbesondere von der Ansicht geleitet, daß hier ein förmlicher Kauf eines Rechtsstreites (Theilungsprozesses) vorhanden sei.

Digitized by Google

Auch hier stimme ich mit dem obersten Gerichtshofe überein, daß die Ausdrucksweise von Rindeschwender zu einer solchen Annahme und Unterstellung verleiten konnte. Rindeschwender sagte nämlich in seiner Eingabe vom 13. Juli 1838, durch welche er in eigenem Namen in den anhängigen Rechtsstreit eintrat,

„er mache von dem ihm durch den Kaufvertrag verlie„henen Rechte, in vorwürfigem Rechtsstreite als Haupt„intervenient aufzutreten, den uneingeschränktesten Ge„brauch und er erkläre daher, diesen Prozeß für seine „Gefahr und Rechnung aufzunehmen und fortzusetzen."

Diese Worte faßte nun das Oberhofgericht mit dem Bemerken auf, daß

„dieselben keiner doppelten Auslegung fähig wären, „sondern daß vielmehr diese Erklärung des Rindeschwender „ganz bestimmt dahin gerichtet sei, einen in vollem „Gange befindlichen, von dem bisherigen Kläger seinem „Anwalte abgetretenen Rechtsstreit, nunmehr auf eigene „Rechnung übernehmen zu wollen."

So wenig ich auf der einen Seite mißkenne, daß die gedachten Ausdrücke des Advokaten Rindeschwender besser hätten gewählt werden sollen, so bin ich dennoch, meiner Achtung für den obersten Gerichtshof unbeschadet, des Dafürhaltens, daß diese nachtheilige Auslegung diesen Worten gar nicht gegeben werden konnte.

Es handelte sich hier um einen Rechtsbegriff, dessen Beurtheilung bei den gegebenen thatsächlichen Aufschlüssen und Verhältnissen Sache des Gerichts war.

Nun aber hat Rindeschwender den Kaufvertrag, auf den er seine Erklärung und sein Recht allein gründete und allein gründen konnte, dem Gerichtshofe mit dieser seiner Erklärung zugleich vorgelegt und aus diesem Vortrage mußte es sich mit aller Bestimmtheit ergeben, daß nicht der Kauf eines Rechtsstreits, also keine Cession, sondern ein förmlicher Liegenschaftskaufvertrag, also ein davon wesentlich verschiedenes Rechtsgeschäft vorhanden sei, bei welchem sich freilich als Folge ergab, daß der Käufer auch einen über dieses Gut anhängigen Rechtsstreit nunmehr in eigenem Namen eben so zu übernehmen berechtigt war, als er von jetzt an jedes andere, aus dem Eigenthum abfließende Recht ausüben durfte. Es war weder nothwendig, noch irgend wesentlich, daß die Bedingung des §. 11 in dem Kaufvertrage aufgenommen ward; sie verstand sich von selbst und war ein gesetzlicher Ausfluß des Eigenthumsrechtes, das durch den Kauf erworben worden ist.

Allein wir haben nun einmal das oberhofgerichtliche Urtheil, welches eine andere Ansicht ausspricht, als gegebene Thatsache vor uns, und ich führte diese Verhältnisse, welche die Entscheidung herbeiführten, nur aus dem Grunde an, um darnach die Gränze der Rechtskraft näher bezeichnen zu können.

Es geht nämlich aus diesen bisher entwickelten Verhältnissen und den Rücksichten, welche die beiden Gerichtshöfe zu ihren Erkenntnissen bestimmten, klar hervor, daß es sich zur Zeit blos um die prozessualische Frage handelte, ob Rindeschwender in den anhängigen Rechtsstreit einzutreten befugt sei?

Diese Frage und nur diese Frage wurde von den beiden Gerichten verneint und wörtlich ausgesprochen:

„daß der als Rechtsnachfolger des Kesselstattschen Stam„mes aufgetretene Advokat Rindeschwender zur Fort„setzung des gegenwärtigen Theilungsrechtsstreites „in eigenem Namen für nicht legitimirt zu erklären sei."

Eben so bestimmt geht die Absicht, daß sich die ergangene Entscheidung nur auf die angegebene prozessualische Frage beziehe und sich darauf beschränke, aus den Schlußworten der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe hervor (wenn je bei klarer Fassung der Worte der Urtheile es noch einer Erklärung bedürfte), wornach Rindeschwender von Betreibung des durch den Grafen von Kesselstatt begonnenen Theilungsstreites zurückgewiesen wurde.

Ja, rechtlicher Weise konnte sich die Entscheidung auf keine andere Punkte beziehen, weil keine andere Frage, als die angegebene, zur Aburtheilung vorgelegen ist.

Rindeschwender wollte nach seiner eigenen Erklärung vom 13. Juli 1838 in den begonnenen Prozeß als Hauptintervenient eintreten, und mit diesem Gesuch ist er abgewiesen worden, und konnte nur mit diesem Gesuche abgewiesen werden, da sich ein Urtheil nur auf das Klagbegehren ausdehnen darf.

Als Klage aber ist die Hauptintervention zu behandeln (Prozeßordnung §. 101) und ein Kläger kann höchstens mit seiner Klage, also in vorliegendem Falle mit seinem Eintreten in den von dem Verkäufer erhobenen Theilungsprozeß (gleichviel unter welchem prozessualischen Namen) abgewiesen werden.

Nur dieser Punkt war der „Streitgegenstand" also auch nur darauf kann und darf nach Landrechtssatz 1351 die Rechtskraft bezogen werden.

Daß dies die Grenze der Rechtskraft sei, und sie über das Bereich des gestellten Klagbegehrens nicht ausgedehnt werden dürfe, geht auch aus der weitern Thatsache hervor, daß das Eintreten des Rindeschwender nur eine Zwischenverhandlung veranlaßte (von dem früher auferlegten Beweise, daß er die Grundherrschaft gekauft, und den Kaufvertrag in die Grund- und Gewährbücher habe eintragen lassen, wurde vom Gerichte gänzlich Umgang genommen), in welcher doch nicht so nebenbei über eine Hauptfrage, z. B. gar über das Eigenthum, mit entschieden werden kann!

Aus diesen gedrängten Betrachtungen geht mit Nothwendigkeit hervor, daß Rindeschwender eine jede andere Klage, als diejenige war, mit der er abgewiesen wurde, jeden Augenblick zu erheben berechtiget sei, daß er also z. B. eine jede Klage über das Eigenthum selbst oder über ein einzelnes Ausflußrecht des Eigenthums, daß er insbesondere eine neue Theilungsklage in eigenem Namen beginnen, daß er aber nicht den von dem Grafen von Kesselstatt begonnenen Rechtsstreit wieder aufnehmen und fortsetzen dürfe.

Wird sodann der Gegenstand einer neuen Prüfung unterworfen, und Thatsache und Rechtverhältniß, wie sie wirklich sind, vorgetragen, so kann wohl mit Bestimmtheit, insoferne man über den Ausgang einer Rechtsfrage von Bestimmtheit sprechen kann, angenommen werden, daß eine Wiederanwendung des Landrechtssatzes 1597 nicht zu befürchten stehe. Z.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro. 16. | Karlsruhe den 22. April 1843.

I.

Von den s. g. Grunddienstbarkeiten, welche das Wasser betreffen.

(Landrechtsatz 640—645.)

§. 1.

In dieser Lehre gibt es der Streitfragen gar viele, und so häufig Wasserstreitigkeiten auch vorkommen, so sind doch die Mißverständnisse und selbst Verwechselungen der verschiedenen Vorschriften nicht selten. Hieran trägt der Gesetzgeber wohl die Hauptschuld, indem er die verschiedenartigsten Gegenstände in wenige Sätze zusammendrängte, nicht allein Eigenthumsbeschränkungen unter den Dienstbarkeiten abhandelte, — wie dies mit den s. g. Dienstbarkeiten aus der Lage der Orte und aus dem Gesetz überhaupt der Fall ist, — sondern auch wirkliche Grunddienstbarkeiten damit vermengte, und Beschränkungen, wie verliehene Rechte, darstellte. Eine nähere Prüfung soll diese Behauptung rechtfertigen. Zur bessern Verdeutlichung wird es jedoch nöthig sein, einige allgemeine Bemerkungen voranzuschicken.

§. 2.

Das Wasser stellt sich dem Gesetzgeber von zwei verschiedenen Seiten dar, einmal als ewig rastloses Element, das sich stets ergänzend, vorwärts eilt, und die nieder liegenden Grundstücke überströmt, ja selbst verheert; dann und insbesondere aber als eines der nöthigsten Bedürfnisse für alle lebende Wesen, als den Boden befruchtende und als bewegende Kraft. In dem einen Fall wird es als nachtheilig abzuwenden versucht, in dem andern als höchst erwünscht begehrt und verweigert, und es entstehen dadurch mannigfache Collisionen der Privatrechte unter sich und mit dem öffentlichen Interesse.

Insoweit es sich nur um die einzelnen Privatbeziehungen allein handelt, sind besondere Vorschriften nicht nöthig, den Betheiligten kann überlassen werden, ihre Verhältnisse beliebig zu ordnen, und dabei sind alsdann die allgemeinen Regeln über Erwerbung und Ausdehnung der Eigenthums- und Dienstbarkeitsrechte allein maaßgebend. Insoweit aber das öffentliche Interesse betheiligt ist, und insoweit die Natur mit den gesetzlichen Rechten des Einzelnen in Widerstreit gerathen würde, darf die Ausgleichung nicht mehr den Betheiligten allein anheimgegeben werden, sondern die Gesetzgebung selbst muß die verschiedenartigen Interessen in Uebereinstimmung bringen.

Ihr Einschreiten wird demnach in folgenden Fällen nothwendig:

1) Indem die Natur das Wasser auf niederliegende Grundstücke führt, und es zwingt, sich trotz aller Gegenanstalten dennoch einen Abfluß zu suchen, bestimmt sie unabweislich, daß irgend ein Grundstück das Wasser aufnehmen muß. Die verschiedenen Besitzer der niederliegenden Grundstücke sind aber vermöge ihres Eigenthumsrechts befugt, durch Anlegung von Dämmen u. dgl. das Wasser von ihren Gütern ab- und Andern zuzuwenden. Wollte jeder so verfahren, so würde Ueberschwemmung und großer Schaden herbeigeführt, und würde, da jedes nur von seinem Rechte Gebrauch macht, keiner belangt werden können. Es muß also im öffentlichen Interesse das unbegrenzte Eigenthumsrecht beschränkt und der Ablauf des Wassers durch das Gesetz geordnet werden.

2) Vermöge seiner natürlichen Beschaffenheit, weil sich das Wasser nicht auf einem Grundstück festhalten läßt, und weil, was an einem Ort damit vorgenommen wird, weithin seine Wirkung äußert, wird es dem Ei-

Digitized by Google

genthümer eines höher liegenden Gutes möglich, daſſelbe den untern Gütern, über welche es bisher floß, zu entziehen und Anderen mitzutheilen. Da er auf ſeinem Grund und Boden nach Belieben ſchalten und walten kann, würde ihm dies nicht verwehrt werden dürfen, und ſo könnten alle beſtehenden Verhältniſſe durch die Willkühr oder Mißgunſt eines Einzelnen geſtört, Landwirthſchaft und Induſtrie gefährdet werden. Auch hier müſſen alſo dem Eigenthumsrecht Schranken geſetzt, und muß der Grundſatz: „qui jure suo utitur, neminem laedit“ aufgehoben werden.

3) Haben ſich Menſchen an einem Ort angeſiedelt, wo die Natur ihnen die Mittel zu ihrer Subſiſtenz darbietet, und wird ihnen nun plötzlich eines der Hauptbedürfniſſe, das Waſſer, entzogen, ſo wären ſie genöthigt, ihre Wohnungen zu verlaſſen, und anderwärts eine Unterkunft zu ſuchen. Das öffentliche Intereſſe widerſtreitet dem, und ſo muß das Geſetz einen Ausweg geben, und ihnen geſtatten, die Abtretung des Waſſerrechtes zwangsweiſe zu begehren, jedoch natürlich nur gegen Entſchädigung.

Dies ſind a priori betrachtet die Grundſätze, von welchen man ausgehen muß. Daß aber auch unſere Geſetzgebung ſich ſtreng daran gehalten, und daß ſie, wenn auch nicht mit klarem Bewußtſein und leicht faßlicher Sprache, doch in Wirklichkeit nichts Anderes vorgeſchrieben, daß ſie alſo namentlich keine geſetzlichen Grunddienſtbarkeiten geſchaffen, ſondern nur übermäßige und ſchädliche Eigenthumsbefugniſſe beſchränkt habe, ſoll nun gezeigt, und alsdann die Anwendung des Ergebniſſes auf die hauptſächlichſten Rechts- und Streitfragen verſucht werden.

§. 3.

I. Weſen und Natur der das Waſſer betreffenden Vorſchriften im Allgemeinen.

Landrechtſatz 640 beſtimmt:

„Grundſtücke, welche niedriger gelegen ſind, müſſen von höher gelegenen das Waſſer aufnehmen, wie ſolches im natürlichen Lauf ohne beſondere Vorrichtungen dahin abfließt.“

Es iſt einleuchtend, daß hier von einer eigentlichen Grunddienſtbarkeit nicht die Rede iſt. Das Geſetz ſchafft keine Laſt, ſondern es iſt dieſelbe durch die Natur ſchon auferlegt, es ordnet nur das Verhältniß, und es thut dies auch nicht zu Gunſten eines beſtimmten Grundſtücks, denn ablaufen würde das Waſſer von dem obern doch, und ſämmtliche benachbarte Güter ſind auf gleiche Weiſe betheiligt. Alles iſt im allgemeinen Intereſſe und darum auch für alle Güter, die ſich in dieſer Lage befinden, vorgeſchrieben, es iſt durch ein allgemeines Verbot unterſagt, den natürlichen Lauf des Waſſers zu hemmen, und der durch die Natur gebotene Zuſtand in einen rechtlichen verwandelt. Die Lehrer des römiſchen Rechts handeln auch die gleiche Beſtimmung der l. 1. §. 13, 22 und 23. D. de aqua etc. l. 39 t. 3 mit mehr Conſequenz unter den geſetzlichen Eigenthumsbeſchränkungen ab.

§. 4.

Das Eigenthum an Grund und Boden umfaßt Alles, was über und unter der Oberfläche iſt, Landrechtſatz 552; alſo die Quellen, welche auf dem Boden entſpringen, das Waſſer, welches darüber fließt, bilden einen Beſtandtheil des Grundeigenthums. Indem daher Landrechtſatz 641 ſagt: „jeder kann die Quellen auf ſeinem Boden nach Willkühr benutzen“, erkennt er nur dieſen Grundſatz hinſichtlich der Quellen ausdrücklich an, und wenn er hinzufügt:

„vorbehaltlich des Rechts, das der Eigenthümer eines untern Grundſtücks, etwa durch Rechtstitel oder Verjährung erworben hat“,

ſo iſt dies abermals eine Beſtimmung, die ſich von ſelbſt verſteht, und aus Landrechtſatz 686 folgt, wornach jeder ſein Eigenthum mit jeder beliebigen Dienſtbarkeit belaſten kann. Hier iſt alſo kein beſonderes Recht verliehen und insbeſondere von einem ſolchen, das durch das Geſetz geſchaffen wird, nicht die Rede, ſondern es handelt ſich von einer Dienſtbarkeit, welche durch Handlungen der Menſchen erworben wird, und gehörte die Vorſchrift, wenn ſie überhaupt nöthig wäre, in das 3te Kapitel und nicht unter die Dienſtbarkeiten aus der Lage der Orte. Daſſelbe iſt über Landrechtſatz 642 zu ſagen, welcher angibt, wie bei ſolchen Dienſtbarkeiten der Verjährungsbeſitz beſchaffen ſein muß; auch er iſt nicht an ſeinem Platze. Es ſcheint übrigens auch, daß dieſe beiden Sätze nur gelegentlich hereingezogen wurden, um als Uebergang zum Landrechtſatz 643 zu dienen, und weil doch einmal von den Waſſerrechten die Rede war.

§. 5.

Landrechtſatz 643 lautet ſo:

„der Eigenthümer einer Quelle darf ihren Lauf nicht

Digitized by Google

verändern, sobald sie den Einwohnern einer Gemeinde, eines Dorfs, Weilers oder Hofs das nöthige Wasser verschafft. Haben indeß die Einwohner deren Gebrauch nicht schon erworben oder verjährt, so ist der Eigenthümer berechtigt, die Bestimmung einer Entschädigung durch Sachverständige zu fordern."

Der Anfang dieser Stelle scheint eine gesetzliche Dienstbarkeit zu schaffen, aber der Schluß würde damit in offenbarem Widerspruch stehen. Denn wo die Einwohner einer Gemeinde ꝛc. die Benutzung der Quelle durch Titel oder Verjährung erworben haben, da steht ihnen das Recht, zu verlangen, daß deren Lauf nicht verändert werde, nicht kraft Gesetzes zu, sondern vermöge ihres Erwerbtitels, es ist alsdann eine durch Handlungen der Menschen erworbene, und nicht eine gesetzliche Grunddienstbarkeit vorhanden; wo dagegen eine solche Dienstbarkeit nicht besteht, da müssen sie dieselbe ja erst kaufen, und was Jemand erst noch erwerben muß, das hat er noch nicht. Es kann daher nicht behauptet werden, daß Landrechtsatz 643 eine Dienstgerechtigkeit verleihe, sondern er gibt nur das Recht, deren Abtretung zu verlangen. — Für die Einwohner besteht keine Verbindlichkeit, das Recht zu erwerben, wenn sie ihren Wasserbedarf lieber weit herholen wollen, als die Entschädigung geben, oder wenn sie vorziehen, von dem Eigenthümer einer andern Quelle eine Wasserschöpfgerechtigkeit zu erwerben, vorausgesetzt natürlich, daß eine andere Quelle vorhanden ist, und deren Eigenthümer sich freiwillig dazu versteht, so ist ihnen dies unbenommen, und es darf alsdann der Herr der Quelle, welche ihnen bisher das nöthige Wasser verschafft hatte, deren Lauf nach Gefallen verändern. Hieraus folgt aber wieder, daß diesem nicht schon kraft Gesetzes die Verbindlichkeit auferlegt ist, den Einwohnern das nöthige Wasser zu belassen, sondern daß er sich nur für den Fall, daß dieselben eine Dienstgerechtigkeit erwerben *wollen*, dies gefallen lassen muß. Mit andern Worten ausgedrückt sagt hiernach Landrechtsatz 643 weiter nichts, als: die Wasserschöpfgerechtigkeit kann, wie jede offene und selbstständige Dienstbarkeit, durch Vertrag oder Verjährung erworben werden. In dem Fall aber, wo die Einwohner einer Gemeinde, eines Dorfs, Weilers oder Hofs das Wasser nöthig haben, kann überdies die zwangsweise Abtretung der Dienstbarkeit gegen Entschädigung verlangt werden.

Es ist hier dasselbe Verhältniß, wie bei dem Nothweg des Landrechtsatzes 682, und wenn die Wortfassung der beiden Gesetzesstellen verschieden ist, so mag dies seinen Grund darin haben, daß der Eigenthümer, dessen Grundstück von der gemeinen Straße durch andere so abgeschnitten ist, daß er nur über diese dahin gelangen kann, immerhin unter den verschiedenen Grundstücken, die ihn umschließen, die Wahl haben würde. Eine Zwangsabtretung enthält aber einen Eingriff in die Rechte Anderer, sie durfte deßhalb nur mit möglichster Schonung dieser Rechte zugelassen werden, und es mußte daher die Bestimmung getroffen werden, daß sie nur über das Grundstück begehrt werden kann, über welches der Weg am Kürzesten zur Straße führt, und auch bei diesem Grundstück nur an der Stelle, wo er am wenigsten schädlich ist.

Bei dem Falle des Landrechtsatzes 643 ist dagegen eine solche Auswahl nicht möglich, und so konnte füglich gesagt werden, daß die Abtretung des bisher benutzten Wassers verlangt werden darf. Weil es sonach nie zweifelhaft sein kann, gegen wen das Recht geltend zu machen ist, und weil es zugleich das öffentliche Interesse so erheischt, konnte überdies bestimmt werden, daß auch da, wo die Einwohner das Recht noch nicht erworben haben, der bisherige Zustand bis zu entschiedener Sache belassen werden soll. Es ist aber darum das Recht selbst noch nicht verliehen, und keine Grunddienstbarkeit auferlegt.

§. 6.

Hinsichtlich der Quellen erkennt das Landrecht ausdrücklich an, daß sie Bestandtheile des Bodens sind, auf welchem sie entspringen, conf. oben §. 4 und Landrechtsatz 643; darüber aber, daß auch das *fließende Wasser* dem Herrn des Bodens gehöre, liegt ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes nicht vor, dessenungeachtet wird es angenommen werden müssen.

Denn Alles, was überhaupt erwerblich ist, befindet sich nach unserem Landrecht in irgend Jemandes Eigenthum, und wenn es keinen bestimmten Herrn hat, so gehört es, um nicht herrenlos zu sein, dem Staat, Landrechtsatz 713.

Wenn nun Landrechtsatz 538 sagt: „Als Zugehörden des Staatseigenthums werden betrachtet ..... die Flüsse und andere Wasser, die schiffbar oder flozbar sind", so

Digitized by Google

müſſen die übrigen fließenden und andere Waſſer, welche nicht ſchiffbar oder flozbar ſind, eben darum, weil ſie nicht Staatseigenthum ſind, und doch auch nicht herrenlos ſein können, als Privatgut betrachtet werden. Es ergibt ſich dies auch aus den Landrechtſätzen 560 u. 561, denn nachdem Landrechtſatz 552 als Grundſatz vorangeſchickt hat, daß das Eigenthum an Grund und Boden Alles umfaſſe, was über und unter der Oberfläche iſt, beſtimmt Landrechtſatz 560, daß Inſeln und Anlagen, die in dem Bett eines ſchiffbaren oder floßbaren Fluſſes ſich bilden, dem Staate gehören, und Landrechtſatz 561, daß ſolche Inſeln und Anlagen in unſchiffbaren und unfloßbaren Gewäſſern dem Ufereigenthümer gehören, und daß, wenn die Ufer verſchiedenen Eigenthümern ſind, die Theilung nach der wahren Mitte des Fluſſes ſtattfinden ſoll. Es gehört alſo das Bett den Ufereigenthümern, und da das Waſſer accessorium des Bodens iſt, über welchen es fließt, muß es, inſolange es auf dieſem ſich befindet, gleichfalls den Ufereigenthümern gehören *).

Davon iſt die nothwendige Folge, daß der Eigenthümer des Waſſers dieſes auch benutzen darf, und zwar, wo es ſein Grundſtück durchſtrömt, und ihm alſo ganz zugehört, muß er es auf jede beliebige Art benutzen können, wo er aber nur angrenzt, es alſo nur bis in die Mitte des Betts hat, und nur Miteigenthümer iſt, auch nur in der Art, daß der andere Miteigenthümer dadurch nicht beeinträchtigt wird.

Prüft man nun den Landrechtſatz 644, welcher ſagt:

„Derjenige, deſſen Eigenthum längſt einem fließenden Waſſer hinzieht, jene Waſſer doch ausgenommen, die im Satz 538 ... als Zugehörden des Staatseigenthums erklärt ſind, kann ſich deſſen jeden Orts, wo es vorbeifließt, zur Bewäſſerung ſeines Eigenthums bedienen. — Derjenige, deſſen Grund ein ſolches Waſſer durchſtrömt, kann es in dem Raum, den es daſelbſt durchlauft, auf jede Art benutzen, muß jedoch ihm da, wo es ſeinen Grund verläßt, den gewöhnlichen Lauf wieder verſchaffen",

ſo ſieht man, daß hier keine beſonderen Rechte verliehen ſind, wie man nach der Wortfaſſung glauben ſollte, ſondern, daß im Gegentheil nur die Eigenthumsbefugniſſe beſchränkt ſind. Es iſt Keinem ein Recht auf eine fremde Sache gegeben, ſondern es iſt den Eigenthümern die Benutzungsart ihrer Sache vorgeſchrieben, und ihr Recht verkümmert, und auch dies mehr im allgemeinen und öffentlichen Intereſſe, als zu Gunſten eines Grundſtückes, weßhalb von einer Grunddienſtbarkeit nicht die Rede ſein kann.

Man könnte auch ſo ſagen: ſämmtliche Angrenzer an ein fließendes Waſſer ſind Eigenthümer deſſelben; da es ſich nicht füglich theilen läßt, bleiben ſie in ungetheilter Gemeinſchaft, und da die willkührliche Benutzung des Einen die Rechte der Uebrigen ſchmälern würde, hat das Geſetz für den Fall, daß nicht durch Uebereinkunft der Betheiligten etwas Anderes feſtgeſetzt wird, die Rechte eines jeden beſtimmt.

Pardessus, welcher in ſeinem traité des servitudes ou services foneiers Nr. 77 anerkennt, daß das Bett der nicht ſchiffbaren oder floßbaren Waſſer den Ufereigenthümern gehört, erklärt das Waſſer ſelbſt für eine Sache, die in Niemands-Eigenthum, aber zu Jedermann's Gebrauch iſt, Nr. 76. 114 eod., und dieſe Anſicht wird von den franzöſiſchen Gerichten und Schriftſtellern getheilt, Rogron ad art. 714. Pailliet ad art. 714. Auch Brauer ſtellt ſie ad art. 714 **) auf, während Zachariä I. §. 174 dagegen zu ſein ſcheint, indem er nämlich nur das Weltmeer, die Luft und das Licht zu den nicht erwerblichen Sachen rechnet, und nicht auch das Waſſer. — Allein, wenn der Geſetzgeber das Eigenthum an Waſſer nicht für möglich gehalten hätte, wie konnte er nicht allein dem Staat an ſchiffbaren Flüſſen und Waſſern, ſondern auch den Privaten an Quellen das Eigenthum ausdrücklich verleihen? Zwiſchen Quellen und Flüſſen iſt in dieſer Hinſicht kein Unterſchied, bei beiden fließt das Waſſer ſtets wechſelnd und ſich ergänzend dahin, und die beſtimmte Waſſermaſſe eignet ſich bei dem einen ſo wenig zum ausſchließlichen Beſitz, wie bei dem andern. Wie konnte er ferner in Landrechtſatz 645 von der dem Eigenthum ſchuldigen

*) Man vergl. die oberhofgerichtlichen Jahrbücher, n. F. VII. S. 169. D. Red.

**) Das römiſche Recht iſt wohl Haupturſache dieſer Anſicht, indem es das fließende Waſſer und auch das Bett ausdrücklich für res nullius erklärt. §. 1. J. de rer. divis l. 2. T. 1. l. 2. §. 1. D. de divis. rer. l. 1. T. 8. l. 7. §. 5. D. de aquir. r. d. l. 41. T. 1. wo es heißt: „novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen, id est, publicus jueis gentium."

Digitized by Google

Achtung sprechen, wenn ein solches nicht denkbar wäre? Es kann freilich das abfließende Wasser nicht vindicirt werden, und ist ein ausschließliches Recht auf die Wassermasse, welche jetzt gerade das Bett füllt, nicht möglich, aber es soll ja auch das Wasser nicht für sich allein betrachtet, sondern nur als accessorium des Betts dessen Eigenthümer gehören, und da das Bett stets gefüllt ist, so kann man wohl sagen, daß das jeweils darin fließende Wasser nicht herrenlos sei.

Uebrigens ist es im Erfolg gleichgültig, zu welcher Ansicht man sich bekennt; denn nimmt man an, es sei das Wasser Niemandes Eigenthum, so ist es zu Jedermann's Gebrauch, Landrechtsatz 714, d. h. Jeder, der Gelegenheit dazu hat, kann sich dessen bedienen. Da nun der Uferbesitzer jedem Dritten den Zutritt verwehren kann, so wird und bleibt er dadurch ausschließlich genußberechtigt, und immer verleiht ihm Landrechtsatz 644 kein Recht, sondern er schmälert die vorhandene Befugniß. Eine Dienstgerechtigkeit könnte er aber schon darum nicht geben, weil das Bett dem Ufereigenthümer schon gehört, und das Wasser herrenlos ist, also kein Grundstück vorhanden ist, welches als belastet gelten könnte.

§. 7.

Durch Landrechtsatz 645, wo es heißt:

„Erhebt sich ein Streit unter den Eigenthümern über die Benutzung des Wassers, so ist es Pflicht der Gerichte, den Vortheil der Landwirthschaft mit der Achtung, die man dem Eigenthum schuldig ist, zu verbinden, und in allen Fällen sind die besondern und örtlichen Anordnungen über den Lauf und die Benutzung der Wasser zu beobachten",

wird dem Richter ein Fingerzeig gegeben, was er im Zweifel zu berücksichtigen habe; denn nur auf zweifelhafte Fälle geht die Bestimmung; wo ein Rechtstitel da ist, oder ein bestimmt begrenztes Recht bestritten wird, muß der Richter sich unbedingt an den Titel und die Uebung halten, und nur in den Fällen, wo dieses fehlt, hat er die besondern und örtlichen Anordnungen, und wenn diese nicht maaßgebend sind, den Vortheil der Landwirthschaft zu berücksichtigen.

Die besondern und örtlichen Anordnungen, von welchen hier die Rede ist, hat die Administrativ- und Polizeibehörde zu geben. Sie bestimmt vor allen Dingen, welche fließende Wasser schiffbar oder floßbar, und also Staatseigenthum sind, oder nicht; sie trifft die Vorsorge, daß keine Ueberschwemmungen entstehen, und ebenso, daß keine Stagnation eintrete und die Luft nicht durch der Gesundheit schädliche Dünste verpestet werde; sie kann daher Uferbauten und Reinigung des Flußbetts anordnen, sie gestattet oder verbietet Mühlen und Gewerbsanlagen, und hat das Recht, deren Einrichtung vorzuschreiben; endlich kann sie vermöge ihrer Befugniß und Obliegenheit Präventivmaaßregeln zu ergreifen, und allgemeine Anordnungen zu geben, die Art festsetzen, wie die Benutzung des Wassers stattzufinden habe, sei es zur Bewässerung der Wiesen oder zu Gewerbsanlagen.

Ueber das Recht zur Benutzung des Wassers, oder die Ausdehnung dieses Rechts im einzelnen Fall hat die Administrativbehörde nie zu entscheiden, sie gibt nur allgemeine Anordnungen, die aber nur die Benutzungsart und nicht das Benutzungsrecht berühren.

Wo es sich um die Rechtsfrage handelt, und wo zwischen bestimmten Personen über das Recht und dessen Ausdehnung Streit entsteht, haben die Gerichte zu entscheiden, und sie haben alsdann vor Allem die Erwerbstitel zu prüfen, die administrativen Anordnungen im einzelnen Fall in Anwendung zu bringen, und wenn diese nicht ausreichen, die landwirthschaftlichen Interessen und die Billigkeit entscheiden zu lassen.

Pardessus l. c. Nr. 114—116. Pailliot ad art. 645.

§. 8.

II. Anwendung dieser Grundsätze auf die einzelnen Rechtsfragen.

Die bisherige Ausführung sollte darthun, daß das Gesetz nur die Grundsätze, welche sich nach §. 2 aus der Natur der Sache ergeben, in Anwendung gebracht, daß es also, weit entfernt besondere Rechte zu verleihen, vielmehr die schon vorhandenen geschmälert und lediglich Eigenthumsbeschränkungen eingeführt, die Bestellung von Dienstbarkeiten dagegen der Willkühr der Grundeigenthümer anheimgegeben hat.

Behält man dies stets vor Augen, so wird die Natur der verschiedenen Vorschriften in ihren einzelnen Beziehungen leichter zu erfassen sein, und manche Schwierigkeit verschwinden.

Digitized by Google

A. Eigenthumsbeschränkungen.

Diese sind, wie schon bemerkt:

a) Das Verbot, den natürlichen Ablauf des Wassers zu verhindern.

Wie in §. 3 angeführt wurde, ist nur das durch die Natur gebotene Verhältniß zum gesetzlichen gestempelt worden. Also:

1) Nur das im natürlichen Lauf abfließende Wasser darf vom Eigenthümer des untern Grundstücks nicht gehemmt werden.

Wo dagegen das Wasser durch einen Bau z. B. die Dachtraufe, oder durch besondere Vorrichtungen z. B. einen Brunnen, auf das obere Grundstück kommt, oder wo es von anderwärts dahin gebracht oder künstlich geleitet worden ist, da ist der Eigenthümer des untern Grundstücks nicht verbunden, es aufzunehmen.

Dasselbe findet Statt, wenn eine Quelle durch Kunst erst zu Tage gefördert wird, Zachariae §. 235. Note 2, denn durch willkührliche Handlungen Anderer kann man nicht wider Willen belastet werden.

Da jedoch die Quelle, wenn sie einmal der Erde entlockt ist, nicht wieder dahin zurückgebracht werden kann, und da sie nothwendig einen Ablauf auf niedere Grundstücke haben muß, so wird die analoge Anwendung des Landrechtsatzes 640 dennoch eintreten müssen; ist sie einmal da, so ist ihr Abfluß den Naturgesetzen entsprechend, und wenn auch ihr Entstehen durch menschliche Handlungen verursacht ist, so kommt sie doch im natürlichen Lauf auf das untere Grundstück; dieses muß sie daher aufnehmen. Da aber der Eigenthümer des obern Grundstücks eine Handlung vorgenommen hat, zu der er nicht berechtigt war, wird man mit Pardessus l. c. Nro 83 i. f. annehmen müssen, daß er in Gemäßheit des Landrechtsatzes 1382 zur Entschädigung verpflichtet ist.

Durch Naturereignisse oder durch menschliche Vorrichtungen kann der Lauf des Wassers sich plötzlich oder auch unmerklich verändern.

Wenn alsdann Streit darüber entsteht, welches der natürliche Ablauf sei, so wird dies meist eine quaestio facti sein, die nach richterlichem Ermessen zu entscheiden ist. Besteht aber das gegenwärtige Verhältniß schon über 30 Jahre, so ist nicht allein die Klage des untern Besitzers verjährt, sondern es ist auch eine Dienstbarkeit durch Handlungen der Menschen gegen sein Grundstück erworben.

2) Das Gesetz spricht von Wasser überhaupt, also nicht allein von Quell- und Regenwasser, wie Zachariae §. 235, Pardessus l. c. Nro 82, Pailliet ad art. 640 Nro 24 annehmen, sondern auch von Flüssen und Bächen.

Es ist kein Grund vorhanden, diese auszuschließen, sie haben einen Ablauf eben so nothwendig, wie die Quellen, und es wird wohl auch Niemand im Ernste behaupten wollen, daß der Eigenthümer, über dessen Grundstück ein solches Wasser fließt, befugt wäre, einen Damm zu errichten, wodurch er dessen Ablauf verhinderte, und es einem Andern zuwendete, Landrechtsatz 644 verbietet dies noch besonders.

3) Das niedriger gelegene Grundstück hat die Last, gleichviel ob es an das höhere, von welchem das Wasser kommt, angrenzt, oder nicht, die Lage überhaupt ist das Motiv der gesetzlichen Bestimmung; wenn es daher auch durch einen öffentlichen Weg vom obern getrennt ist, darf der Abfluß des Wassers nicht gehemmt werden; denn es handelt sich nicht von einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten des obern Grundstücks, sondern von einer durch die Natur der Sache gebotenen Eigenthumsbeschränkung.

4) Aus dem so eben angeführten Grunde ergibt sich, daß das Verhältniß durch 30jährige Nichtausübung nicht geändert wird. Hat z. B. der obere Eigenthümer 30 Jahre lang das Wasser so benutzt, daß es ganz verbraucht wurde, oder hatte er es nach einer andern Richtung geleitet, so steht ihm immer noch frei, demselben wieder den natürlichen Ablauf zu geben, und der untere Eigenthümer darf es nicht verhindern, es sei denn, daß er das Recht hiezu besonders erworben hätte. Es lassen sich noch verschiedene andere Fragen aufwerfen, es würde dies aber zu weit führen, und werden deßhalb hier und in den folgenden Paragraphen nur die wichtigsten berührt, indem es Hauptzweck dieses Aufsatzes ist, die oben aufgestellten Grundsätze durchzuführen.

§. 9.

b) Die Beschränkung des Rechts, das fließende Wasser zu benutzen.

1) Es ist nur von fließendem Wasser die Rede, also nicht von Teichen und stehenden Gewässern, auch nicht vom Regenwasser; ferner nur von solchem fließendem Wasser, das Eigenthum der Uferbesitzer ist, also nicht von schiffbaren oder floßbaren Flüssen und Strömen,

Digitized by Google

und nicht von Canälen und Gewerbsanlagen, welch' letztere im Zweifel nebst dem Bett und auch den Ufern dem Herrn der Gewerbsanlage gehören. Will man aus solchen wässern, so muß man eine besondere Grunddienstbarkeit erwerben; auf Landrechtsatz 644 kann man sich aber nie berufen, weil dieser kein Recht zur Wässerung gibt, sondern das vorhandene ausgedehntere Recht beschränkt.

Conf. Pardessus l. c. Nro 104. 112. Zachariae §. 237

2) Das Gesetz sagt: „derjenige, dessen Eigenthum längst einem fließenden Wasser hinzieht, kann sich dessen .... bedienen"; dies heißt aber mit andern Worten: da nur von dem Eigenthum des Wassers die Rede ist, so kann die Vorschrift auch nur den Eigenthümer berühren. Zieht sich ein öffentlicher Weg zwischen dem fließenden Wasser und dem Grundstück fort, so ist der Grundeigenthümer nicht auch Eigenthümer des Betts mit dem darüber fließenden Wasser. Er hat also in diesem Falle keine Eigenthumsrechte und folglich betrifft ihn die Verfügung des Landrechtsatzes 644 nicht; er kann sich des Wassers überhaupt nicht bedienen, also auch nicht zur Bewässerung, er habe denn eine Dienstbarkeit erworben.

3) Aus dem gleichen Grunde darf jeder Angrenzer das Wasser nur benutzen, wo es an seinem Grundstück vorbeifließt, denn nur so weit ist er Eigenthümer. Dadurch ist jedoch das Recht der Ufereigenthümer nicht ausgeschlossen, eine andere Uebereinkunft zu treffen; es kann daher z. B. der eine Ufereigenthümer, statt das Wasser da, wo sein Grundstück endet, wieder in das Bett zu leiten, es dem andern übergeben, oder von eines andern Gut Wasser herüberleiten. Das Gesetz gibt nur eine allgemeine Regel für den Fall, wo nichts Anderes ausgemacht ist. Pardessus l. c. Nro 105.

4) Der Angrenzende darf sich nach Landrechtsatz 644 des Wassers zur Bewässerung seines Grundstücks bedienen. Diese Benutzungsart ist nicht ausschließlich, sondern es ist nur eine Art, bei welcher es keiner weitern Förmlichkeiten bedarf. Würde Landrechtsatz 644 ein Recht verleihen, so müßte man ihn streng auslegen, er enthält aber eine Beschränkung des Eigenthums, und da streitet die Vermuthung stets für dessen Freiheit. Landrechtsatz 645 zeigt, wie die Vorschrift auszulegen ist; es soll darnach immer der Vortheil der Landwirthschaft mit der dem Eigenthum schuldigen Achtung in Uebereinstimmung gebracht werden. Wenn daher der Eigenthümer des Wassers dieses im landwirthschaftlichen Interesse anders verwenden will, so ist dies zuläßig, insofern nicht das Eigenthumsrecht der Nachbarn auf die an ihren Grundstücken vorbeifließende Wassermasse dadurch beeinträchtigt wird, und insofern nicht erworbene Rechte Dritter dadurch geschmälert werden.

Zu Mühlen, Fabriken und derartigen Gewerbsanlagen kann es ebensowohl verwendet werden; das Gesetz erwähnt aber dieser Benutzungsart nicht, weil hierüber besondere Verordnungen bestehen, und weil die Errichtung solcher Anstalten nicht ohne polizeiliche Erlaubniß stattfinden darf, vor deren Ertheilung sämmtliche Angrenzer gehört werden müssen. In der Regel ist auch zu solchen Gewerbsanlagen eine größere Wassermasse nothwendig, und müssen daher noch andere Wasserrechte dazu erworben werden, so daß immer eine Uebereinkunft sämmtlicher Betheiligten vorausgeht, und eine Entscheidung, welche der Administrativbehörde vorbehalten ist. — Man wird wohl annehmen dürfen, daß Landrechtsatz 644, indem er dem Angrenzer gestattet, das vorbeifließende Wasser zur Bewässerung seines Grundstücks zu benutzen, damit nur sagen wollte, daß diese Benutzungsart in keinem Falle entzogen oder geschmälert werden dürfe; daß er darum aber andere Benutzungsarten nicht unbedingt auszuschließen beabsichtigte, sondern nur in Bezug auf diese den Miteigenthümern das Recht der Einsprache sichern wollte, so daß also eine andere Benutzungsart nicht stattfinden darf, wenn die Miteigenthümer nicht einwilligen, und es sich zeigt, daß sie dadurch Schaden leiden würden.

Diese Erklärung ergibt sich auch aus einer Vergleichung des Anfangs mit dem Schluß des Landrechtsatzes 644, denn es ließe sich nicht absehen, warum derjenige, dessen Grundstück das Wasser durchströmt, es auf jede Art benutzen darf, der Angrenzer aber lediglich zur Bewässerung, wenn man nicht unterstellte, daß das Gesetz nur die dem andern Ufereigenthümer nachtheilige Benutzung untersagen wollte, und in Folge dessen aussprach, für die Bewässerung sei die gesetzliche Vermuthung, daß sie den Miteigenthümern nicht nachtheilig sei, hinsichtlich der übrigen Benutzungsarten aber werde, wenn eine Vereinigung der Betheiligten nicht stattfinde, eine besondere Prüfung nöthig.

Digitized by Google

5) Der Eigenthümer, deſſen Grund das Waſſer durchſtrömt, kann es auf jede Art benutzen, er kann auch deſſen Lauf ändern, es in mehrere Arme theilen und dergl., ſein Eigenthumsrecht iſt nur in der Art beſchränkt, daß er dem Waſſer da, wo es ſeinen Grund verläßt, den gewöhnlichen Lauf wieder geben muß. Wie bei dem Angrenzer lediglich die Rückſicht für den Miteigenthümer die Schmälerung ſeines Rechts veranlaßte, ſo iſt es hier die Rückſicht für die Eigenthümer der niedriger gelegenen Grundſtücke, dieſe können aber auf nichts weiter Anſpruch machen, als daß ihnen die ganze Waſſermaſſe im natürlichen Bett zukomme, und darum verlangt das Geſetz auch nicht mehr und läßt im Uebrigen die Eigenthumsrechte unangetaſtet.

Die Verpflichtung, dem Waſſer den natürlichen Lauf wieder zu geben, tritt da ein, wo der Herr des Bodens aufhört alleiniger Eigenthümer zu ſein, alſo wo ihm nicht mehr beide Ufer gehören, wenn auch ſein Grundſtück ſich an der einen Seite des Waſſers noch weiter fortzieht.

6) Aus dem Grundſatz, daß das Benutzungsrecht des Waſſers nicht eine Dienſtgerechtigkeit iſt, ſondern Ausfluß des Eigenthumsrechts, folgt, daß es auch nicht ohne dieſes und alſo nicht durch 30jährigen Nichtgebrauch verloren geht. Es folgt ferner daraus, daß bei einer Theilung oder Zerſtückelung des Grundſtücks, derjenige, welcher den nicht an das Waſſer grenzenden Theil erhält, auch nicht wäſſern darf, auſſer wenn das Recht hiezu mit veräußert worden iſt, oder eine Widmung vorliegt; in jedem Fall iſt es aber dann nur eine gewöhnliche Dienſtbarkeit und nicht eine kraft Geſetzes, d. h. vermöge des Eigenthumsrechts zuſtehende Befugniß, Pardessus l. c. Nro 106.

Wenn dagegen der Ufereigenthümer noch andere dahinter liegende Grundſtücke erwirbt und mit dem ſeinigen vereinigt, ſo kann er auch dieſe bewäſſern, denn das Waſſer iſt ſein Eigenthum. Es darf dies jedoch nur in der Art geſchehen, daß nicht erworbene Rechte Anderer und insbeſondere nicht jene des gegenüberliegenden Ufereigenthümers dadurch Noth leiden. Iſt nicht durch allgemeine Anordnung der Adminiſtrativbehörde die Benutzungsart ſchon regulirt, ſo wird der Richter ein Gutachten von Sachverſtändigen zu erheben und alsdann nach Anleitung des Landrechtsſatzes 645 zu entſcheiden haben.

§. 10.

c) Die Verbindlichkeit des Eigenthümers einer Quelle, den Einwohnern einer Gemeinde, eines Dorfs, Weilers oder Hofs das nöthige Waſſer abzutreten.

1) Den Einwohnern einer Gemeinde ꝛc. ſteht das Recht zu, die Zwangsabtretung zu verlangen, alſo nicht einzelnen Gliedern der Gemeinde, und nicht den Bewohnern eines einzeln ſtehenden Hauſes *). Zachariae §. 236. Note II. Pardessus l. c. Nr. 138 und Note I.

2) Wenn die Quelle den Einwohnern das nöthige Waſſer verſchafft. Darunter wird das Trinkwaſſer für Menſchen und Thiere zu verſtehen ſein und das zum Hausbedarf erforderliche, aber nicht auch das zur Bewirthſchaftung und Bewäſſerung der Grundſtücke nothwendige Waſſer. (Pardessus l. c. A. M. Zachariae l. c.) Denn die Vorſchrift bezieht ſich nur auf den Nothſtand und findet auch nur in dieſem ihre Rechtfertigung. Eine Zwangsabtretung iſt ein abnormes Verhältniß und daher das Recht ſtreng auszulegen; der Zweck des Geſetzes, den Einwohnern eines der nöthigſten Bedürfniſſe zu ſichern, muß immer im Auge behalten werden, und als ſolches kann nur der perſönliche und Hausgebrauch anerkannt werden. Wollen die Einwohner ihre Wieſen wäſſern, ſo ſollen ſie das Waſſer ſonſt zu erwerben ſuchen und wenn es ihnen nicht gelingt, ſo mögen ſie den Boden auf andere Weiſe cultiviren; es iſt nicht durchaus nothwendig, daß ſie Wieſen haben, und die Intereſſen der Landwirthſchaft können zu Eingriffen in fremde Eigenthumsrechte nicht ermächtigen. Ueberhaupt iſt Landrechtſatz 645 hier nicht anwendbar, er bezieht ſich lediglich auf die Vorſchrift des Landrechtſatzes 644.

3) Wenn die Quelle verſchafft. Alſo auf neu entdeckte Quellen iſt Landrechtſatz 643 nicht anwendbar. Es iſt dabei auch ein ſolcher Nothſtand nicht vorhanden, das nöthige Waſſer werden die Leute ſchon haben, ſonſt könnten ſie an dem Orte nicht bleiben, und die neu entdeckte Quelle würde dann nur dazu dienen, einen reichlicheren Vorrath oder bequemern Gebrauch zu verſchaffen. Zachariae l. c. Note 13. A. M. Pardessus l. c.

(Schluß folgt).

*) Im Grundtext heißt es: „habitans d'une commune, village ou hameau" — d. h. „Einwohner einer Gemeinde, eines Dorfs oder Weilers." Im badiſchen Texte iſt nun aber dieſen drei Klaſſen noch eine vierte beigefügt, nämlich die eines bloßen Hofes. Hier wird man alſo auch den Bewohnern eines iſolirten Hofes, als eines vereinzelten Hauſes die Begünſtigung des S. 643 müſſen zu Theil werden laſſen. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 17. Karlsruhe den 29. April 1843.

Von den s. g. Grunddienstbarkeiten, welche das Wasser betreffen.

(Landrechtsatz 640—645)

(Schluß).

4) Wenn das Recht bereits erworben, oder verjährt ist, so ist eine Zwangsabtretung nicht weiter erforderlich und folglich eine Entschädigungsforderung nicht zulässig. Pardessus l. c. und Note 3. Zachariae l. c. Note 17, nehmen an, daß die 30jährige Benutzung des Wassers für sich allein hinreiche die Entschädigungsklage zu verjähren, ohne daß der Besitz von offenen Anlagen begleitet sein müsse, weil nämlich nicht das Recht selbst erworben zu werden brauche, sondern lediglich die Befreiung von der Entschädigung. Allein, wenn die Einwohner einer Gemeinde eine Quelle, die im natürlichen Lauf auf ihre Gemarkung fließt, benutzen, so ist dies eine Sache der freien Willkür, der Eigenthümer der Quelle könnte es auch ohne die Bestimmung des Landrechtsatzes 643 nie verwehren, weil das Wasser, sobald es seinen Grund verläßt, aufhört, sein Eigenthum zu sein, und eine Entschädigungsforderung wäre daher von ihm nicht zulässig. Erst von dem Augenblick, wo die Einwohner etwas vornehmen, wozu sie nicht schon an und für sich befugt wären, wo sie also offene Anlagen machen, oder gegen die Entziehung der Quelle Einsprache erheben, und somit ein Recht auf das Wasser in Anspruch nehmen, erst da kann die Entschädigung verlangt werden und es kann folglich auch erst von diesem Zeitpunkt an die Verjährung beginnen, denn: agere non valenti non currit praescriptio. — In dieser Beziehung ist kein Unterschied zwischen den Einwohnern einer Gemeinde und einzelnen Privatpersonen, sondern die Verschiedenheit liegt nur darin, daß die Letztern das Recht nur mit Einwilligung des Eigenthümers erwerben können, sei sie nun ausdrücklich (Vertrag), oder stillschweigend (Verjährung); die Ersteren aber auch gegen dessen Willen. Immer müssen sie ihre Absicht, das Recht zu erwerben oder die Benutzung als ein Recht in Anspruch zu nehmen, an den Tag legen, und bevor der Eigenthümer der Quelle darum weiß und wissen kann, darf gegen ihn die Verjährung nicht laufen.

§. 11.

B. Grunddienstbarkeiten.

Bisher war nur von den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthumsrechts die Rede, welche unser Landrecht unter die Lehre von den Grunddienstbarkeiten gereiht hat; es bleibt nur noch übrig, von den wirklichen und eigentlichen, das Wasser betreffenden Grunddienstbarkeiten Einiges zu sagen. Hier tritt uns vor allen Dingen

1) der „Grundsatz des Landrechtsatzes 686 entgegen: „ein Eigenthümer darf sein Eigenthum mit jeder Dienstbarkeit belasten, oder ihm jede Grundgerechtigkeit erwerben". Daraus ergiebt sich, daß die Dienstbarkeit an jeder Art von Wasser bestellt werden kann, an Quellen, Regenwasser, der Dachtraufe, an fliessendem Wasser, an Canälen, Teichen und dergleichen, und daß sie jede Benutzungsart zum Gegenstand haben kann, Wässern, Wasserschöpfen, Tränken von Vieh, Treiben von Mühlen und Gewerbsanlagen, Ableiten in Canäle und dergl.

2) Landrechtssatz 641, welcher der Dienstbarkeiten in Bezug auf Quellen besonders erwähnt, spricht dabei nur von dem Recht des Eigenthümers eines untern Grundstücks. Dieser Ausdruck ist jedoch nicht streng zu nehmen, er ist gewählt, weil das Wasser gewöhnlich nur auf niederiger gelegene Grundstücke geleitet wird; wenn aber Jemand das Wasser für ein seitwärts oder höher gelegenes

Digitized by Google

Grundstück erwerben und Vorrichtungen machen will, um es hinauf zu leiten, so ist dies zulässig. Landrechtssatz 641 erwähnt nur gelegentlich eines einzelnen Falles, schließt aber darum die andern nicht aus.

Daß das herrschende und dienende Grundstück an einander grenzen, ist ebensowenig erforderlich.

3) Wegen des Erwerbs dieser Dienstbarkeiten gelten die allgemeinen Regeln über die Grnndienstbarkeiten, welche durch Handlungen der Menschen erworben werden; wenn sie daher verborgen oder unständig sind, wie die Wasserschöpfgerechtigkeit, Landrechtssatz 688, so können sie nur durch Vergünstigung, wenn sie aber offen und selbstständig sind, überdies durch Widmung und 30jährigen Besitz erworben werden, Landrechtsätze 690 und 692.

Der 30jährige Besitz muß, um die Dienstbarkeit zu verschaffen, die allgemeinen Erfordernisse des Verjährungsbesitzes haben; er darf sich also namentlich nicht auf Handlungen der freien Willkür gründen, Landrechtssatz 2232, nnd es genügt daher die einfache Benutzung des Wassers nicht. Wie schon im §. 10. Nr. 4 bemerkt wurde und aus den oben aufgestellten Grundsätzen hervorgeht, hat Jeder das Recht, auf seinem Boden nach Belieben zu schalten nnd zu walten, das Wasser wird, sobald es auf sein Grundstück kommt, dessen accessorium und wenn er es benutzt, so macht er nnr von seinen Eigenthumsrechten Gebrauch, was keiner seiner Nachbarn zu verhindern befugt ist. Aber etwas Anderes ist es, in Empfang zu nehmen, was sich von selbst darbietet, etwas Anderes, zu verlangen, daß es Einem stets zu Gebot gestellt werde. Der Eigenthümer der Quelle darf deren Lauf beliebig ändern, der Besitzer des untern Grundstücks kann es nicht verwehren, muß aber, wenn der Lauf nicht geändert wird, sich gefallen lassen, daß das Wasser seinen Abfluß über seinen Boden nehme; so wenig nnn der Eigenthümer der Quelle sein Recht darum allein verliert, daß er keinen Gebrauch davon macht, so wenig erlangt der Eigenthümer des untern Grnndstücks ein Recht anf das Wasser schon darum, weil er seiner Verbindlichkeit, es anfzunehmen, nachgekommen ist, er kann seine Last nicht willkürlich in ein Recht verwandeln, sich nicht selbst Anfang und Ursache seines Besitzes ändern. Landrechtssatz 2240. Will er ein Recht auf das Wasser erwerben und folglich ein Recht, zu verlangen, daß dessen Lauf nicht verändert werde, so muß er eine Handlnng vornehmen, die ihm nicht schon kraft Gesetzes zusteht, eine Handlung, durch die er zu erkennen giebt, daß er seine Last in ein Recht umwandeln will, und die der Eigenthümer der Quelle verwehren kann; erst von diesem Augenblick kann die Verjährung zu laufen anfangen. Eine solche Handlung kann aber nur entweder darin bestehen, daß er den Eigenthümer der Quelle verhinderte, deren Lauf zu ändern, — beruhigte dieser sich dabei und ließ er darauf den Eigenthümer des Grundstücks im ungestörten Genuß, so erhält dieser das Wasser nicht mehr, weil er durch das Gesetz dazu verbunden ist, sondern weil er ein Recht darauf in Anspruch genommen hat, — oder die Handlung kann darin bestehen, daß er etwas vornimmt, wodurch der natürliche Ablauf des Wassers auf sein Grundstück verändert wird, bestehe es nun darin, daß er auf dem obern Grundstück Anlagen macht, durch welche er sich das Wasser zuleitet, oder daß er an der Grenze des eigenen Grundstücks Werke errichtet, welche hinüberwirkend dem Wasser einen andern Einlauf als den natürlichen geben. Sobald er das Eine oder das Andere thut, maßt er sich dem Eigenthümer der Quelle gegenüber ein Recht an, welches derselbe nicht zu dulden braucht, und welches, wenn er sich dessenungeachtet 30 Jahre lang dabei beruhigt, zu einer wirklichen Dienstgerechtigkeit wird.

Diese allgemeinen, aus der Natur der Sache entspringenden Grundsätze spricht Landrechtsatz 642 hinsichtlich des Wassers von Quellen ausdrücklich aus, indem er bestimmt:

> Die Verjährung gilt für rechtmäßigen Erwerb nur nach einem durch 30 Jahre hindurch nnunterbrochen fortgesetzten Genuß, von dem Zeitpunkt an zu rechnen, wo der Eigenthümer des Grundstücks solche offene Anlagen gemacht und beendigt hat, die den Fall und den Einlauf des Wassers auf sein Eigenthum befördern sollen".

Man hat zwar, weil man annehmen zu müssen glaubte, der Landrechtssatz 642 enthalte eine eigenthümliche Vorschrift, vielfach über dessen Auslegung gestritten, und bald behauptet, es müssen die Anlagen auf dem dienenden Gut angebracht sein, bald, es genüge, wenn sie auch anf dem untern Grundstück sich befinden. Allein daß das Gesetz über den Ort, wo die Anlagen sein müssen, nichts sagt, ergiebt sich aus dem Wortlaut, es soll darnach nur darauf gesehen werden, ob dnrch die Anlagen der Fall nnd Einlauf des Wassers be-

Digitized by Google

fördert werde, oder nicht, und daß das Gesetz auch sonst nichts sagen wollte, geht aus den Discussionen hervor, wornach man die in dem Gesetzes-Entwurf stehende Worte „ouvrages extérieurs" in „ouvrages apparents" umänderte, damit man nicht glauben solle, daß die Anlage ausserhalb des herrschenden Grundstücks sein müssen *). Pardessus l. c. Nr. 101 Note 2.

Man hat also immer nur die Beschaffenheit der Anlagen, und nicht den Ort in's Auge zu fassen; man hat lediglich zu prüfen, ob durch die Anlagen die Absicht angedeutet ist, ein Recht auf die Benutzung des Wassers in Anspruch zu nehmen, oder ob sie nur dazu dienen, der Verpflichtung zur Aufnahme des Wassers Genüge zu leisten. Wird der Fall und Einlauf des Wassers dadurch befördert, so ist jedesmal eine solche Absicht kundgegeben, denn es ist der natürliche Lauf dadurch verändert und zugleich gezeigt, daß man das Wasser auf seinem Grundstück haben und benutzen wolle **). Zu dieser Ansicht, welche die meisten Schriftsteller theilen, scheint sich nach Annalen Beiblatt von 1842 Nr. V. I nunmehr auch der Cassationshof zu neigen, welcher früher unbedingt verlangte, daß die Anlagen auf dem obern Grundstück sein müssen; ebenso hat sich das Oberhofgericht in seiner jüngsten Entscheidung dieser Ansicht zugewendet, Oberhofgerichtliche Jahrbücher VII. pag. 290 ff.

Zu weit geht jedoch offenbar Pardessus l. c. pag. 97, wenn er annimmt, daß auch der Eigenthümer eines nicht angrenzenden, entfernt liegenden Grundstücks durch 30 jährigen Gebrauch das Wasser, dem Eigenthümer der Quelle gegenüber, selbst dann ersitze, wenn die offenen Anlagen nur an dem Gute seines Vormannes angebracht sind und nicht auch an jenem, wo die Quelle entspringt. Dies kann nicht zugegeben werden, indem es nicht allein den allgemeinen Grundsätzen, sondern auch dem Buchstaben des Gesetzes widerstrebt; seinem Vormann gegenüber wird der Herr der Anlage allerdings das Recht erwerben, aber wenn dieser kein Recht hat zu verlangen, daß der Eigenthümer der Quelle deren Lauf nicht ändere, so kann, da Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat, der Eigenthümer der Quelle dadurch nicht gebunden sein; nur wenn der Fall und Ablauf des Wassers von seinem Boden durch die Anlage eine Aenderung erleidet, wird ihm gegenüber ein Recht durch Verjährung erworben.

---

*) In den Diskussionen herrscht Begriffsverwirrung, die Last des Landrechtsatzes 640 ist dem Redner im Sinn, und er nimmt an, es sei das Wässerungsrecht des Landrechtsatzes 642 keine durch Handlungen der Menschen erworbene, sondern eine durch die Lage der Orte geschaffene Servitut. Der Text ist jedoch nicht in diesem Sinne abgefaßt, und jedenfalls ist, worauf es hier hauptsächlich ankommt, das Wort „apparents" an die Stelle von „extérieurs" gesetzt, und es ist dies in Folge der Bemerkung geschehen, daß man sonst meinen könne, die Anlagen müßten auf dem dienenden Gut sein, der beabsichtigte Sinn des Gesetzes kann daher nicht zweifelhaft sein. R.

**) In der Regel werden die auf dem untern Grundstück befindlichen Anlagen nur dazu dienen können, das natürlich abfließende Wasser aufzunehmen und weiter zu befördern; dennoch läßt es sich auch als möglich denken, daß sie zugleich auf das obere Grundstück hinüberwirken und obgleich auf dem untern angebracht, doch den Fall und Einlauf des Wassers befördern, z. B. wenn an der Grenze ein Damm aufgeworfen wird, welcher den Ablauf hemmt und dem Wasser eine andere Richtung giebt, und wenn dann an einer andern Stelle eine Anlage gemacht ist, damit das Wasser doch auf das untere Grundstück laufe ꝛc.; der Streit ist daher nicht ganz unfruchtbar. R.

(Nur wird man in einem solchen Falle sagen können, die Anlage befinde sich zum Theil auch auf dem obern Grundstück, denn wenn der aufgeworfene Damm zur Folge hat, daß das Wasser noch auf dem obern Grundstück eine andere Richtung nimmt, so ist das neue Bett, welches das Wasser auf dem obern Grundstück in seiner neuen Richtung bildet, wohl auch eine durch die Natur bewirkte Folge (und damit eine Zugehörde) der gemachten Anlage.

Uebrigens ist es besser, von der Frage über den Ort der neue Anlage zu abstrahiren, und sich lediglich an das allein auf einer gesetzlichen Basis beruhende Merkmal zu halten, ob der Eigenthümer des obern Grundstücks die Anlage hindern, beziehungsweise (innerhalb 30 Jahren) auf Beseitigung derselben klagen konnte, oder nicht.

Dieses Merkmal muß auch demjenigen genügen, der den Satz aufstellt, die Anlage müsse sich (wenigstens in ihren Wirkungen) noch auf das obere Grundstück erstrecken, denn dieser Satz wird ja gesetzlich eben nur damit begründet, daß man sagt: sonst könne der obere Eigenthümer die Anlage nicht hindern, gegen ihn also auch keine Verjährung laufen.

Entweder ist es nun wahr:

daß der obere Eigenthümer die Anlage, wenn sie sich nicht bis auf sein Grundstück erstreckt, nie hindern könne, —

oder es ist dies nicht wahr.

Im erstern Falle genügt es an dem Merkmale, daß die Anlage so angebracht sein müsse, daß der obere Eigenthümer sie hätte hindern können; im andern Falle aber ist der Satz: daß die Verjährung nur eintrete, wenn sich die Anlage auf das obere Eigenthum erstrecke, in seiner Allgemeinheit unrichtig.

D. Red.)

Digitized by Google

Es genügt jedoch nicht an dem Vorhandensein von Anlagen als sichtbarer Merkmale der Dienstbarkeit, sondern sie müssen auch von dem Eigenthümer des untern Grundstücks oder seinen Rechtsverfahren herrühren. Denn nur wenn er sie selbst gemacht, hat er dadurch das Wässerungsrecht in Anspruch genommen, — aus fremden Handlungen würde ihm kein Recht erwachsen. In der Klage muß daher stets angeführt werden, daß er resp. seine Rechtsvorfaheen die Anlagen hergerichtet haben.

Da nach dem Bisherigen durch Landrechtsatz 642 keine singuläre Bestimmung getroffen, sondern nur gelegentlich das ausgesprochen wird, was aus den allgemeinen Grundsätzen über den Verjährungsbesitz hervorgeht, so kann es auch keinem Anstand unterliegen, diese Vorschrift auf den Erwerb der Wassergerechtigkeiten überhaupt anzuwenden, und also zum Erwerb des Rechts auf Benutzung von Regenwasser oder fließendem Wasser die gleichen Erfordernisse zu verlangen.

Wenn eine Quelle in einen Bach fließt und von dem Anstösser immer das Wasser des Bachs benutzt, auch durch besondere Vorrichtungen abgeleitet wurde, so ist doch dadurch das Recht auf die Quelle nicht erworben, weil die Absicht, auch dieses Wasser zu erwerben, durch die Anlagen nicht angedeutet ist; der Bach scheidet die Grundstücke und die jenseits angelegten Werke können deßhalb, und weil sie von dem Eigenthümer der Quelle nicht gehindert werden dürfen, ihm gegenüber auch keinen Verjährungsbesitz begründen; er bleibt somit befugt, die Quelle abzuleiten und selbst zu benutzen. Conf. Annalen Beiblatt von 1842 Nro VIII. 6.

Endlich wirft sich noch die Feage auf, ob die Verjährung nur auf die in Landrechtsatz 642 angegebene Weise stattfinden könne und derartige offene Anlagen durchaus nothwendig seien? Nach den allgemeinen Grundsätzen muß man annehmen, daß der Besitz sich auch dann zur Verjährung eignet, wenn der Eigenthümer des Wassers demselben eine andere Richtung geben wollte, derjenige, welcher es bisher benutzte, aber dagegen Einsprache erhob, indem er sich auf seinen Besitz berief und der Andere sich dabei beruhigte: denn durch einen solchen Vorgang wird deutlicher und bestimmter als durch irgend eine offene Anlage zu erkennen gegeben, daß man ein Recht in Anspruch nehme; Sache des Eigenthümers der Quelle ist es, nun auch seine Rechte zu wahren; — thut er dies aber nicht und läßt er trotz der Demonstration des Andern, diesem das Wasser noch 30 Jahre, so zeigt er dadurch, daß er dessen Recht anerkenne, oder in die Erwerbung einwillige, und es geht der Besitz in ein Recht über.

Diese Grundsätze müssen jedenfalls da angewendet weeden, wo eine besondere Vorschrift nicht entgegensteht, also bei dem Erwerb des Rechts zur Benutzung des fließenden Wassers, sowie des Wassers aus Teichen und Kanälen, um so mehr, da der Erwerbende nicht schon verpflichtet ist, das Wasser aufzunehmen, und also die Benutzung für sich allein schon einen Eingriff in fremde Rechte enthält.

Man wird diese Verjährungsart aber auch bei Quellen zulassen müssen, denn Landrechtsatz 642 steht nicht entgegen, er erwähnt des Falles, wo die Errichtung von Anlagen, also die stillschweigend angedeutete, aus Handlungen zu vermuthende Absicht den Verjährungsbesitz begründet; daneben kann die andere Verjährungsart, wo die Absicht offen und ausdrücklich ausgesprochen ist, sehr wohl bestehen. In einem solchen Vorgang liegt nicht allein die Einwilligung des Eigenthümers der Quelle, daß der Andere eine solche Dienstbarkeit erwerbe, sondern sogar das Anerkenntniß, daß Derselbe ein Recht darauf bereits erlangt habe. Pailliet ad art. 642 not. 2. Rüßlin.

Anmerkung der Redaktion.

Die am Schlusse dieses Aufsatzes berührte Frage ist sehr zweifelhaft. In so fern man in einem Vorgange der bezeichneten Art (eine usucapio libertatis des alten Rechts) mit darauf fortgesetztem Besitze von 30 Jahren ein Anerkenntniß der Dienstbarkeit findet, so ist dieß bei den unständigen oder verborgenen Dienstbarkeiten des Satzes 691 ebenfalls wirksam, da bei diesen Dienstbarkeiten ebenso, wie bei den offenen und selbstständigen, das Anerkenntniß nach Satz 695 den Rechtstitel ersetzt.

Pailliet a. a. O. spricht von dem Falle, wo der untere Eigenthümer

> „auroit *judiciairement* contesté au propriétaire superieur le droit d'intercepter le cours d'eau,"

und wo dann der obere Eigenthümer dabei sich 30 Jahre lang beruhigt hätte. Wäre der untere Eigenthümer durch ein im Besitzprozesse erlangtes Erkenntniß in seinem Dienstbarkeitsrechte geschützt worden, und hätte sich dann der

Digitized by Google

obere Eigenthümer 30 Jahre lang dabei beruhigt, so könnte man sagen: der obere Eigenthümer habe jetzt seine petitorische Negatorienklage durch die Extinktivverjährung verloren, weßhalb der possessorisch geregelte Zustand, als nicht mehr anfechtbar, zu einem Rechtsstande geworden sei. Eben dieses könnte man sagen, wenn ohne einen eigentlichen Besitzprozeß in einem über die Dienstbarkeit anhängig gemachten, dann aber wieder liegen gebliebenen petitorischen Prozesse der untere Eigenthümer nach §. 257 Nr. 6 der Prozeßordnung eine einstweilige Verfügung erwirkt hätte, wodurch dem oberen Eigenthümer jede Aenderung der bestehenden Wasserleitung untersagt worden wäre, und wenn der obere Eigenthümer sich nun 30 Jahre von der letzten gerichtlichen Handlung an hiebei beruhigt hätte.

Liegt aber keinerlei richterliches Erkenntniß vor, so kann es im Uebrigen gleichgültig sein, ob der untere Eigenthümer seinen Widerspruch, auf den hin der obere Eigenthümer die Sache beruhen ließ, gerichtlich oder nur außergerichtlich erhoben habe.

Es liegt in beiden Fällen eine usucapio libertatis vor, durch welche nach Maleville (zu Art. 2232) im Allgemeinen die Sachen freier Willkühr und bloßer Duldung zu verjährbaren Sachen werden.

Troplong (de la prescription Nr. 392 und 393) wendet dieß namentlich auf die unständigen und auf die verborgenen Dienstbarkeiten an in der Art, daß diese Dienstbarkeiten, des Satzes 691 ohnerachtet, innerhalb 30 Jahren von dem Zeitpunkt an ersessen werden, wo der angeblich Berechtigte einen Anspruch erhoben und der Gegner sich dabei beruhigt hat.

Duranton (in seiner Fortsetzung von Toullier, Tit. XX. de la prescription, Nr. 237) bestreitet jedoch diese Ansicht, weil der Satz 691 entgegenstehe, und weil überdieß nicht gewiß sei, ob der Gegner gerade nur wegen des erfolgten An- und Widerspruchs, oder aus anderen Beweggründen die Sache habe auf sich beruhen lassen.

Dieß scheint mir, wenigstens soweit es die Dienstbarkeiten des Satzes 691 betrifft, richtig zu sein.

Wären diese Dienstbarkeiten nur wegen der allgemeinen Bestimmung des Satzes 2232 als Sachen freier Willkühr oder bloßer Nachsicht der Verjährung entzogen, so möchte man sagen, daß, da sie diese Eigenschaft durch den fraglichen An- oder Widerspruch verlieren, eben damit auch die Unverjährbarkeit wegfälle.

Allein jene Dienstbarkeiten sind nicht bloß wegen der allgemeinen Bestimmung des Satzes 2232 unverjährbar (manche derselben würde ihrer Natur nach nicht einmal unter diese Bestimmung fallen), sondern sie sind es vermöge der Vorschrift eines besondern Gesetzes, indem die verborgenen und die unständigen Dienstbarkeiten durch den Satz 691 der Verjährung unbedingt entzogen sind, ohne Unterschied, ob sie im einzelnen Falle wirklich als Sachen freier Willkühr oder bloßer Nachsicht erscheinen, oder ob dieß wegen der Wichtigkeit der darin liegenden Eigenthumsbeschränkung (z. B. bei einem Waidrecht auf Wiesen) nicht der Fall sei.

In einem Falle läßt jedoch auch Toullier (le droit civ fr., éd. de Br. III. Nr. 637, 638 ꝛc.) diese Dienstbarkeiten ersitzen. Er sagt:

„il ne suffit pas d'une simple defense notifiée au propriétaire du fonds servant, s'il n'existe pas un titre émané soit du propriétaire, soit du possesseur *pro suo*, que la loi répute propriétaire."

„Ainsi, il faudrait, dans la notification de la défense donner copie du titre qui fonde le droit; autrement on ne pourrait prendre pour acquiescement le silence du propriétaire du fonds servant, ni même l'interruption des ouvrages, parce qu'elle peut avoir eu d'autres motifs que la défence. Personne n'est tenu de repondre à une défense contraire à la liberté naturelle, lorsque celle défense ne parait fondée sur aucun titre ni sur aucune loi."

„Mais du moment où il a été notifié une défense juridique motivée sur un titre, si le propriétaire du fonds servant garde le silence, et à plus forte raison, s'il défère a la défense en cessant les ouvrages commencés, on ne peut se dispenser de présumer qu'il reconnait le droit de servitude, ou qu'il abandonne son droit de liberté. La possession ainsi établie et fondée sur un titre coloré, acquiert un caractère d'authenticité suffisant pour opérer la prescription, si elle n'est pas interrompue avant le temps fixé par la loi."

Scharf und schlagend ist nun aber auch diese Unterscheidung nicht.

Es versteht sich von selbst, daß es nicht nur einfach einer Handlung bedarf, welche die Freiheit des Eigenthümers stört, da sonst auch bei den Dienstbarkeiten des Satzes 691 überhaupt jede Besitzhandlung, die bei anderen Rechten als eine solche gilt, den Anfang der Ver-

Digitized by Google

jährung begründen würde. Soll die Störung des Eigenthümers hier einen anderen, als den im Satz 691 unterstellten, Charakter bekommen, so muß dabei ausgedrückt sein, daß und welcher Rechtsanspruch damit geltend gemacht werde. Ist dieß aber ausgedrückt, so kann es weiter keinen rechtlichen Unterschied machen, ob dem gestörten Eigenthümer auch noch eine Abschrift der Urkunde, auf den der Störende seine Ansprüche baut, zugestellt wurde oder nicht.

Nimmt man aber mit mir an, daß ein erhobener An- oder Widerspruch, der die Natur der im Satze 2232 erwähnten Handlungen verändert, gleichwohl bei den unständigen und den verborgenen Dienstbarkeiten, deren Unverjährbarkeit nicht auf der allgemeinen Bestimmung des Satzes 2232, sondern auf der speziellen und unbedingten Vorschrift des Satzes 691 beruht, an und für sich keine Ersitzbarkeit begründe, so wird es sich nur noch fragen:

1) welche Wirkung in dieser Beziehung dem Rechtstitel, auf den der An- oder Widerspruch gebaut wird — abgesehen von der in diesem An- oder Widerspruch liegenden usucapio libertatis — für sich selbst zukomme,
2) und ob und wann in dem Hergange ein den Titel ersetzendes Anerkenntniß zu finden sei?

Zu 1) liegt ein Rechtstitel vor, auf dem der An- und Widerspruch beruht, so ist der Titel entweder gegen den Eigenthümer vollgültig, oder er ist ein mangelhafter. Im ersten Falle bedarf es keiner Verjährung. Im letzten Falle ist unter den Rechtslehrern viel Streit, ob der mangelhafte Titel durch die Verjährung vollgültig werde? Toullier (III. Nr. 629—631) bejaht dieß. Der Grund, daß der Satz 691 überhaupt nur einen Titel fordere, und daß auch bei einem bloß colorirten Titel der Besitz wenigstens nicht ohne Titel sei, ist aber nicht stichhaltig. Es wird hiebei vorausgesetzt, was erst zu beweisen wäre, daß nämlich der Satz 2265, wornach ein Titel a non domino durch einen Zeitablauf zu voller Kraft erwächst, auch auf Dienstbarkeiten Anwendung finde. Diese Voraussetzung ist nöthig, um anzunehmen, daß der Titel, von welchem im Satze 691 die Rede ist, auch ein bloß colorirter sein könne. Die Voraussetzung selbst ist aber wohl nicht zu begründen. Toullier selbst nimmt nicht an, daß der Satz 2265 direkt Anwendung finde; er hätte sonst die Verjährung von 10 oder 20 Jahren und nicht bloß jene von 30 Jahren auch bei Dienstbarkeiten mit colorirtem Titel müssen eintreten lassen. Der Satz 2265 spricht vom Erwerbe des Eigenthumsrechts, hat also schon deshalb keine unmittelbare Anwendung auf den Erwerb von Dienstbarkeiten, und da der Satz 2264 hinsichtlich anderer als der in diesem Titel aufgeführten Gegenstände auf die einschlägigen eigenen Titel verweist, der Titel über Dienstbarkeiten auch wirklich besondere Bestimmungen über Verjährung enthält, so kann der Satz 2265 auch nicht analog auf Dienstbarkeiten angewendet werden.

In dieser Beziehung theile ich daher die Ansicht von Zachariä (fr. Civ. R. II. §. 256), daß ein mangel- oder fehlerhafter Titel bei Dienstbarkeiten keine Ersitzung, soweit sie nicht sonst schon statt hat, begründe, es wäre denn, daß es sich um einen Titel handle, der gegenüber dem Eigenthümer nicht schon kraft Gesetzes unwirksam, sondern von ihm nur mittelst einer Nichtigkeits- oder Umstoßungsklage (Satz 1304) anzufechten wäre. In diesem Falle handelt es sich aber nicht um eine erwerbende Verjährung der Dienstbarkeit, sondern um eine Erlöschung der Klage gegen das Rechtsgeschäft, durch das die Dienstbarkeit entstand.

Diese erlöschende Verjährung tritt in solchen Fällen ein, es mag auf den Grund des fraglichen (durch Besitzhandlungen vollzogenen) Titels ein An- oder Widerspruch der bezeichneten Art erhoben worden sein oder nicht; und selbst wenn man auf den Grund eines colorirten Titels in allen Fällen eine Ersitzung annimmt, so wird sie auch jedesmal ihren Lauf nehmen, es mag die von Toullier geforderte Notifikation mit Zustellung der Abschrift erfolgt sein oder nicht.

zu 2) Findet man übrigens in einem Vorgange der bezeichneten Art eine Anerkennung der Dienstbarkeit, so ist es nicht ersichtlich, warum es dann noch einer Verjährung bedürfen soll. Das Anerkenntniß ersetzt nach Satz 695 für sich allein schon den Titel.

Soll aber der erhobene An- oder Widerspruch nur in Verbindung mit einer 30jährigen darauf gefolgten Duldung des Eigenthümers als eine Anerkennung gelten, so fehlt es hiezu wieder an einer gesetzlichen Grundlage, und es wird schwer sein, aus den Gesetzen nachzuweisen, daß die auf erhobenen An- oder Widerspruch

Digitized by Google

erfolgte Nachgiebigkeit des Eigenthümers nur dann als eine thatsächliche Anerkennung, beziehungsweise als eine stillschweigende Einwilligung gelte, wenn sie 30 Jahre fortgedauert habe, und nicht auch, wenn sie z. B. nur 29 Jahre dauerte.

Mir scheint dieß eher nur eine quaestio facti zu sein, und in Baden ist sich noch nach Satz 1108 b zu richten.

Hiernach wird eine stillschweigende Einwilligung nicht durch bloße Unterlassungen, sondern

a) nur durch Handlungen ertheilt,

b) und diese Handlungen müssen auf eine zur Annahme reife Erklärung des Andern erfolgen,

c) und von der Art sein, daß der Handelnde nur unter der Voraussetzung seiner Einwilligung, beziehungsweise Anerkennung dazu veranlaßt oder berechtigt sein kann.

Zu a) Wegen des ersten Erforderniſſes ist eine stillschweigende Anerkennung einer Dienstbarkeit nur möglich, wenn der Eigenthümer auf den erhobenen An- oder Widerspruch eine Handlung vornimmt; sie ist also nicht möglich, wenn er die Besitzhandlungen des anmaßlichen Berechtigten, obgleich dieser dazu einen ausdrücklichen Rechtsanspruch behauptete, bloß duldete, wenn er z. B. ihn fortan über das Grundstück gehen, von seinem Brunnen Wasser schöpfen, oder wenn er ihm das Wasser fortan zufließen ließ. Es genügt auch nicht, wenn der Eigenthümer, welcher eine die Ausübung des Wegrechts hindernde Mauer oder ein Haag zu errichten, oder auf dem obern Grundstück das dem untern zufließende Wasser durch irgend ein Unternehmen abzuleiten beabsichtigte, auf den Widerspruch des Gegners von der Ausführung dieser seiner Absicht abgestanden ist; es ist vielmehr nöthig, daß er an der Errichtung der Mauer des Haags oder der andern Unternehmung schon angefangen hatte, und daß er nun auf erfolgten Widerspruch das Begonnene wieder wegschaffe, oder daß er wenigstens, wo der Bau noch nicht angefangen ist, irgend etwas thue, um die dazu getroffenen Einleitungen wieder rückgängig zu machen, so daß in der That eine dem erhobenen Widerspruch nachgebende Handlung, und nicht bloß eine Unterlassung oder Duldung vorliegt.

Zu b) Das zweite Erforderniß, nämlich die zur Annahme reife Erklärung des Andern ist alsdann vorhanden, wenn Derjenige, der das Dienstbarkeitsrecht in Anspruch nimmt, mit diesem Anspruche dem Eigenthümer zugleich erklärt, daß und auf welchem Rechtstitel derselbe beruhe. Eine einfache Behauptung des Rechts hat der Kläger, wie Toullier richtig bemerkt, nicht zu berücksichtigen, die Erklärung des angeblich Berechtigten ist nur dann zur Annahme oder Nichtannahme reif, wenn sie zugleich den Titel des Anspruchs enthält, indem nur in diesem Falle der Eigenthümer den Grund oder Ungrund des Anspruchs beurtheilen und darauf antworten kann. Thut er dieß nun

zu c) in der Art, daß er eine dem Anspruch nachgebende Handlung vornimmt, so kann man sagen, daß er hiezu nur unter der Voraussetzung der Beistimmung veranlaßt sein kann. Darin liegt daher nach Satz 1108 b eine stillschweigende Einwilligung, oder, auf unsern Fall bezogen, eine thatsächliche, beziehungsweise stillschweigende Anerkennung des erhobenen Anspruchs, ohne daß dazu erst noch der Ablauf einer Verjährungsfrist nöthig wäre. Nur da, wo etwa der Eigenthümer im Wege des Gegenbeweises seinen Handlungen eine andere Deutung zu geben und damit die daraus hervorgehende gesetzliche Vermuthung der stillschweigenden Beistimmung zu widerlegen sucht (S. 1108 b vergl. mit Satz 1352 a), kann es von Wichtigkeit sein, ob der erwähnten (als Zustimmung oder Anerkennung geltenden) Handlung des Eigenthümers nur eine kurze oder eine lange Zeit fortgesetzte entsprechende Ausübung der angesprochenen Dienstbarkeit folgte, indem im letztern Falle die nach Satz 1186 b schon durch die erste Handlung begründete Vermuthung immer stärker wird, also immer größere Beweise zu ihrer Widerlegung erfordert werden. Dabei ist aber überall der Ablauf einer bestimmten Frist nicht entscheidend.

In einem einzigen Falle könnte es sich auch hier, wie oben bei dem Dasein eines mangelhaften Titels, um eine Verjährung handeln, wenn nämlich der Eigenthümer die in dem fraglichen Vorgange liegende Anerkennung als durch Irrthum oder Betrug veranlaßt, oder aus was immer für einem Grunde, als nichtig anfechten wollte, und die Frist, innerhalb welcher dieß geschehen kann (Satz 1304), verstreichen ließe. Es wäre aber dieß wieder, wie in dem unter 1) erwähnten Falle, keine Ersitzung der Dienstbarkeit, sondern nur eine erlöschende Verjährung der dagegen zulässigen Klage.

D. Red.

Digitized by Google

II.

Ueber den Wechſelvertrag nach franzöſiſchem und badiſchem Recht.

Zweiter Theil.

Von der Wertherſtattung.

(Erſter Theil in Nr. 44 u. 45 des vorigen Jahrgangs.)

§. 10. Der Wechſelvertrag iſt ein einſeitiger Vertrag (contrat unilatéral), weil nur eine der Vertragsperſonen (der Ausſteller) eine Verbindlichkeit übernimmt.

Art. 1103 c. c.

Doch iſt es ſehr natürlich, daß der Ausſteller ſich dieſer Verbindlichkeit in den meiſten Fällen nicht unentgeldlich unterzieht, vielmehr ſich eine Gegenleiſtung dafür bedingt. Dieſe Gegenleiſtung wird Wechſelwerth oder Valuta (valeur) genannt. Es findet bei dem Wechſelvertrag gewöhnlich eine beſondere Uebereinkunft wegen dieſer Gegenleiſtung ſtatt. Dieſe iſt verſchieden, je nachdem der Werth bei Aushändigung des Wechſels gegeben oder durch Tilgung einer älteren Forderung ausgeglichen, oder endlich deſſen künftige Berichtigung verſprochen wird. Die Berichtigung des Werths kann geſchehen durch den Remittenten oder eine dritte Perſon. Es kann auch der Fall ſein, daß der Ausſteller die Verbindlichkeit ohne Gegenleiſtung — aus Freigebigkeit — übernimmt, z. B. wenn der Vater ſeinem Sohn, der Mann ſeiner Frau zur Beſtreitung des Lebensunterhalts einen Wechſel ausſtellt. Alle dieſe Fälle verdienen eine nähere Beleuchtung.

§. 11. Wird der Werth vom Remittenten in baarem Gelde gegeben, ſo ſehen viele Schriftſteller darin ein Darlehen. Sie betrachten den Remittenten als Darleiher, den Ausſteller als Entleiher, den Wechſel als die über Rückzahlung des Darlehens ausgeſtellte Urkunde. Dieſe Anſicht mag in manchen Fällen dem entſprechen, was die Parthieen bei der Wechſelausſtellung beabſichtigten, in vielen andern Fällen aber widerſtreitet ſie der Abſicht derſelben. Es kommt z. B. der Fall nicht ſelten vor, daß Auswanderer, um ihr Vermögen auf einer langen Reiſe nicht in baarem Gelde mit ſich führen zu müſſen, dieſes einem Banquier behändigen, wogegen dieſer ihnen einen Wechſel auf den Ort ihrer Beſtimmung zieht, oder daß Kaufleute, die an entfernten Orten Zahlungen zu machen haben, den Betrag einem Banquier behändigen, und ſich von dieſem einen Wechſel auf den Ort, wohin die Zahlung zu machen iſt, ausſtellen laſſen. In dieſen Fällen wird gewiß nicht beabſichtigt, ein Darlehen zu contrahiren, ſondern den an einem Orte gegebenen Betrag an einem andern Orte zurückzuerhalten, mithin ein Geld-Ueberwechslung (remise de place en place) zu bewirken.

Art. 1 des Handelsrechts.

Art. 632 code de commerce.

Noch weniger kann von einem Darlehen die Rede ſein, wenn die Wertherſtattung nicht in Geld, ſondern in Waaren geſchah. In dieſem Fall iſt neben dem Wechſelvertrag ein Kauf unter den Parthieen geſchloſſen worden, oder vielmehr der Wechſelvertrag iſt eine Nebenberedung des ſtattgehabten Kaufs, wenn bei dieſem ausgemacht wurde, daß der Käufer für den Preis der erhaltenen Waare einen Wechſel an die Ordre des Verkäufers ziehen ſolle.

Der Käufer macht ſich durch den Wechſel verbindlich, den Kaufpreis durch einen Dritten an den Verkäufer oder deſſen Verfügung zahlen zu laſſen. Man kann fragen, ob, wenn der Wechſel bei Verfall nicht bezahlt wird, der Verkäufer das Recht habe, die Aufhebung des Kaufs wegen nicht erfüllter Verbindlichkeit zu verlangen? Allerdings, wenn die Wechſelausſtellung bei dem Kauf ſelbſt bedungen war; denn man kann nicht vorausſetzen, daß die Parthieen unter Wechſelausſtellung verſtanden haben, daß der Käufer nur einen Wechſel ſchreibe, ſondern vielmehr, daß er die Zahlung durch den Bezogenen effectuire. Zahlt der Bezogene nicht, ſo hat der Käufer ſeine im Kaufvertrag übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllt. Es kann daher auf Auflöſung geklagt werden.

Art. 1184. 1654. 1657. c. c.

Fand aber die Verabredung, daß für den Kaufpreis ein Wechſel ausgeſtellt werde, nicht bei dem Kauf, ſondern ſpäter ſtatt, ſo muß die Löſung der Frage nach den im folgenden Paragraphen vorzutragenden Grundſätzen verſucht werden.

Vergl. Nouguier p. 93. nota 3.

Pardessus no. 221, Abſatz 6.

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro. 18. | Karlsruhe den 6. Mai 1843.

I.

Ueber den Wechselvertrag nach französischem und badischem Recht.

Zweiter Theil.

Von der Wertherstattung.

(Erster Theil in Nr. 44 u. 45 des vorigen Jahrgangs.)

(Schluß).

§. 12. Es kommt häufig vor, daß unter den Parthieen eine Absprache dahin stattfindet, daß für eine bereits existirende Forderung der Schuldner seinem Gläubiger einen Wechsel ausstellt, z. B. zwei Kaufleute stehen seit längerer Zeit in Rechnung, wollen jedoch aus irgend einem Grund die Rechnung ausgleichen. Dieß kann geschehen, indem für den Rechnungsrest (Saldo) ein Wechsel gezogen wird. Oder Jemand wird beauftragt, Gelder einzuziehen. Er ist daher schuldig, seinem Auftraggeber die eingenommenen Gelder zu übermachen! Er thut dieses, indem er einen Wechsel an die Ordre seines Mandanten zieht. Hier entsteht die wichtige Frage, ob die Ausstellung eines Wechsels für eine bestehende Schuld eine Rechtswandlung (novation) enthalte; mit andern Worten, ob durch Ausstellung eines Wechsels für eine ältere Schuld diese als getilgt anzusehen ist? s. Art. 1271. Nr. 1 c. c.

Die Tilgung einer Schuld hat zur Folge, daß auch die dafür bestellte Sicherheit, wie z. B. Unterpfand, Bürgschaft u. s. w. erlischt. Art. 1278, 1280 c. c. Wird demnach der an der Stelle einer durch Hypothek gesicherten Forderung ausgestellte Wechsel nicht bezahlt, so fragt sich, ob der Gläubiger noch die aus der Hypothek ihm zustehenden Rechte geltend machen kann? Ich glaube, daß derjenige, welcher über eine bestehende Verbindlichkeit einen Wechsel ausstellt, hierdurch das Versprechen gibt, diese Verbindlichkeit durch einen Dritten an einem bestimmten Tag und Ort tilgen zu lassen, daß mithin die Wechselausstellung in diesem Fall nicht sowohl die Tilgung der bestehenden Verbindlichkeit, als vielmehr eine Vereinbarung über die Art und Weise der zu bewirkenden Tilgung enthält. Hiernach liegt in der Ausstellung eines Wechsels über eine bestehende Verbindlichkeit keine Rechtswandlung, und es bleiben daher alle für die ältern Forderungen bestellten Sicherheiten in Kraft. Vergl. Pardessus Nr. 223. In diesem Sinne wurde von dem Gerichtshof in Lüttich den 1. Mai 1820 und den 12. Dezember 1826 entschieden, daß der Verkäufer einer Liegenschaft, der einen Wechsel für den Kaufpreis erhalten hat, im Fall der Nichtzahlung des Wechsels sein gesetzliches Vorzugsrecht auf das verkaufte Objekt geltend machen kann.

S. récueil de Liège t. 8. p. 543 t. 10 p. 31 (Pailliet ad art. 1271 Nota 8.).

Eben so hat der Cassationshof von Frankreich den 19. Augnst 1811 entschieden.

Dalloz tome 21. p. 5. (Pailliet l. c. nota 12.)

In gleichem Sinn hat der Gerichtshof in Brüssel mehreremal entschieden.

Jurisprudence de la cour de Bruxelles. Jahrgang 1825. II. p. 278; 1817. II. p. 44; 1822. I. p. 107.

Consequenterweise muß man daher sagen, daß der Verkäufer im gleichen Fall das Recht hat, Aufhebung des Kaufs zu verlangen. Denn wenn auch die Wechselausstellung nicht Kaufbedingung war, so ist durch die spätere Vereinbarung, wonach für den Kaufpreis ein Wechsel ausgestellt werden sollte, die ursprüngliche Kaufbedingung nur modificirt, nicht aufgehoben. Es kann daher wegen Nichterfüllung dieser, wenn auch modificirten, Kaufbedingung Auflösung des Kaufs verlangt werden.

Pardessus Nr. 221, Absatz 7.

Digitized by Google

Wenn nun auch die Ausstellung eines Wechsels für eine bestehende Schuld nicht nothwendiger Weise eine Rechtswandlung enthält, so kann unter Umständen eine solche von den Parthieen beabsichtigt worden sein, z. B. wenn der Inhaber eines protestirten Wechsels seinen Rückgriff gegen den Aussteller nimmt, und beide Theile dahin übereinkommen, daß dem Inhaber ein neuer Wechsel ausgestellt und der ältere sammt Protest zurückgegeben werden solle. Die Zurückgabe der ältern Urkunden scheint hier die Absicht der Parthieen anzudeuten, daß die ältere Schuld getilgt sein solle.

Art. 1282.

Man könnte aber fragen, wie in dem Fall zu entscheiden ist, wenn, wie es oft unter Kaufleuten geschieht, für einen früher ausgestellten Wechsel, der noch nicht indossirt war, vor der Verfallzeit, mithin vor dem Protest, dem Remittenten ein neuer Wechsel ausgestellt wird?

Ich glaube, daß in diesem Fall nicht unbedingt eine Rechtswandlung anzunehmen ist; vielmehr wird mit dieser Operation unter Kaufleuten gewöhnlich nur eine Zahlungsfrist beabsichtigt. Anderer Meinung ist Nougier l. c. Nr. 200. Doch müssen auch hier die Umstände des einzelnen Falls berücksichtigt werden, z. B. ob bei dem neuen Wechsel die Wertherstattung, wie bei dem ältern ausgedrückt ist, oder ob es heißt: Werth in einem Wechsel erhalten. Im letztern Fall ist die ältere Schuld als getilgt zu betrachten. Auch die Buchung kann über die Absicht der Parthieen Aufschluß geben, z. B. wenn der zurückgegebene Wechsel vom Aussteller dem Remittenten gut geschrieben, der neue aber belastet wurde, so scheint daraus die Absicht des Ausstellers, die ältere Schuld zu tilgen, entnommen werden zu können. Denn Forderung und Schuld gleichen sich in diesem Fall aus. Art. 1289 und 1290. Eben so kann aus der Buchung, die vom Remittenten geschah, dessen Absicht ersehen werden. Wie aber, wenn beide Buchungen nicht übereinstimmen? In diesem Fall muß der Richter die Absicht der Parthieen aus andern Umständen entnehmen, im Zweifel aber gegen die Rechtswandlung entscheiden. Art. 1273.

§. 13. Es kann auch bedungen werden, daß der Remittent den Werth später berichtige. In diesem Fall übernehmen beide Contrahenten gegenseitige Verpflichtungen — der Wechselaussteller, durch einen Dritten den Wechselbetrag zahlen zu lassen — der Remittent, dem Aussteller den Wechselwerth zu berichtigen. Man darf aber darum nicht glauben, daß der Wechselvertrag in diesem Fall ein zweiseitiger Vertrag (contrat synallagmatique) sei. Beide Verbindlichkeiten bestehen unabhängig von einander, während es bei zweiseitigen Verträgen stillschweigende Bedingung ist, daß der Vertrag, wenn ein Theil sein Versprechen nicht erfüllt, aufgelöst sein soll. Art. 1184 des Landrechts.

Eine solche Clausel ist mit der Bestimmung des Wechsels ganz und gar unverträglich. Der Wechsel ist für den Umlauf bestimmt, soll daher in dritte Hände kommen. Wie kann man aber dritte Personen der Gefahr, ihren Schuldner seiner Verbindlichkeit enthoben zu sehen, aussetzen wollen, ohne zugleich den Wechselverkehr zu hemmen? Wenn daher auch einige Schriftsteller den Wechselvertrag einen contrat synallagmatique nennen, so gehen sie doch nicht so weit, den Art. 1184 auf diesen Vertrag anzuwenden.

§. 14. Das badische Handelsrecht enthält den Grundsatz, daß die Aushändigung eines Wechsels für Bekenntniß, daß der Werth berichtigt sei, gelte, wenn dagegen nicht ein Rückschein gegeben wurde, welcher besagt, daß der Welselwerth nur geborgt sei.

Art. 114 a des Handelsrechts.

So verständlich diese Vorschrift auf den ersten Anblick erscheint, so wird sie dennoch unklar, wenn man sie in Verbindung mit dem Art. 110 des Handelsrechts bringt, wonach jeder Wechsel besagen soll, auf welche Weise der Werth berichtigt wurde. Sagt der Wechsel, der Werth sei berichtigt, so enthält er die Quittung über den Werthempfang, die Aushändigung des Wechsels ist daher der Aushändigung einer Quittung gleich zu achten. Wenn aber der Wechsel ausdrücklich erwähnt, daß der Werth nicht bezahlt, sondern nur geborgt sei, so kann die Aushändigung dieses Wechsels unmöglich als Bekenntniß des Werthempfangs gelten. Man sucht umsonst eine Aufklärung in den Erläuterungen des Verfassers unsers Handelsrechts. S. Brauer's Erläuterungen IV. B. S. 445. Nr. 9.

Es läßt sich diese Vorschrift vielleicht daher erklären, daß in Baden früher das Frankfurter Wechselrecht galt. In Frankfurt ist es aber üblich, dem Remittenten den mit der Quittung des Werths versehenen Wechsel einzuhändigen, auch wenn er noch nicht bezahlt ist, in der Er-

Digitized by Google

wartung nämlich, daß der Remittent den Betrag unverweilt zahlen werde. Eben deßwegen wird auch dort die im Wechsel enthaltene Quittung für sich allein nicht als hinreichendes Beweismittel angesehen — der Beweis muß vielmehr durch die quittirte Geldnote vervollständigt werden. Vielleicht wollte man in Baden bei Einführung des neuen Rechts dieses Herkommen abschaffen, und hat darum bestimmt, daß die Aushändigung des Wechsels als Bekenntniß des Werthempfangs gelte, vorausgesetzt, daß in dem Wechsel der Werthempfang quittirt ist.

Wird der Werth trotz dieser Quittung geborgt, so kann der Wechselaussteller einen Rückschein verlangen. Bemerkenswerth ist, daß auf einen solchen Rückschein nach Wechselrecht geklagt werden kann, wenn er die Erfordernisse eines klaren Scheins hat, und bestimmt angibt, daß er für geborgten Wechselwerth gegeben ist.

Art. 114 b des Handelsrechts.

Das Nämliche soll stattfinden bei Vorauszahlung des Wechselwerths, wenn ein ähnlicher Gegenschein wegen des versprochenen Wechsels gegeben wurde.

Art. 114 c des Handelsrechts.

Unser Handelsrecht führt hier die billets de change des alten französischen Rechts bei uns ein, die aber in Frankreich außer Uebung gekommen sind. Le billet de change, sagt Dalloz, Recueil général par ordre alphabétique; mat: effets de commerce, tomo 12, p. 415 est l'engagement, que contracte, soit le preneur d'une lettre de change, lorsqu'il la reçoit, sans en fournir la valeur immédiatement, de compter cette valeur à une époque déterminée, soit celui, qui reçevait une somme d'argent, pour fournir une lettre de change, de la delivrer au preneur également dans un temps fixé.

Ausführlich handeln von diesen früher in Frankreich üblichen billets de change:

Jousse. Commentaire sur l'Ordonnance de 1673 tit. V. art. 27—30.

Pothier. Contrat. de change part. II. Nr. 207—14.

Vincens. Legislation commerciale II. p. 368.

Bei uns kommen diese billets de change eben so wenig vor, wie in Frankreich.

Da sie aber durch das Gesetz eingeführt sind, so ist es nothwendig, anzugeben, wie sie beschaffen sein müssen, damit sie die gesetzliche Wirkung haben können.

Sie müssen

1) die Erfordernisse eines klaren Scheins haben, und
2) ausdrücken, daß sie für geborgten Wechselwerth oder für einen auszustellenden Wechsel gegeben wurden.

Die Erfordernisse eines klaren Scheins ergeben sich aus dem Art. 1322 vergl. mit Art. 1326 des Landrechts. Demnach muß ein solcher Schein enthalten

a) Ort, Tag und Jahr der Ausstellung,
b) Unterschrift des Ausstellers,
c) und, wenn er nicht ganz von der Hand des Ausstellers geschrieben ist, den Beisatz gut für so und so viel von der Hand des Ausstellers;
d) außerdem diejenigen Angaben, welche nach der Natur der Sache nothwendig sind, damit der Schein vollkommen klar sei.

Man könnte daher etwa folgende Formulare aufstellen:

Ich bekenne anmit, von Herrn N. N. einen heute von ihm an meine Ordre auf Herrn N. N. in (Frankfurt) drei Monat dato (oder wie sonst) für den Betrag von 1000 fl. (oder welche andere Summe) ausgestellten Wechsel erhalten zu haben, für welchen ich den Werth mit 1000 fl. nach drei Monaten, von heute an, demselben zurückzuzahlen verspreche.

Mannheim, den

Gut für die Summe von 1000 fl.

Unterschrift.

oder

Ich bekenne, heute von Herrn N. N. die Summe von 1000 fl. baar erhalten zu haben, für welchen Betrag ich demselben einen Wechsel auf Herrn N. N. in Frankfurt a. M. drei Tage nach Sicht an dem und dem Tage auszustellen und einzuhändigen verspreche.

Mannheim, den

Unterschrift.

Solche Urkunden sollen die Wirkung haben, daß auf dieselben hin nach Wechselrecht geklagt und persönlicher Verhaft begehrt werden kann. (Art. 186 aa des Handelsrechts.)

§. 15. Der Aussteller kann auch durch einen Dritten, d. h. durch eine andere Person als den Remittenten, den Wechselwerth erhalten. Nach dem ältern französischen Recht (nach der Ordonnanz von 1673) war es allgemeine Vorschrift, daß in der Wechselurkunde Derjenige genannt werden mußte, der den Werth gegeben hatte. Dieß ist jetzt nicht nothwendig, weder nach französischem noch nach badischem Recht. Man kann jetzt überhaupt sagen, daß

Digitized by Google

es auf den Wechselvertrag gar keinen Einfluß habe, ob der Remittent oder ein Anderer den Werth an den Aussteller vergütet habe, d. h. die Verbindlichkeit des Ausstellers, dem Remittenten gegenüber, wird dadurch gar nicht verändert. Das ist aber der große Vorzug der Wechsel, daß keinerlei fremde Verhältnisse die Verbindlichkeit der bei denselben mitwirkenden Personen ändern und die daraus entstehenden Prozesse verwickeln können.

Es bleibt daher dem Wechsel fremd das Verhältniß, welches zwischen dem Remittenten und dem dritten Werthgeber (donneur de valeur) besteht.

Mag dieser dem Remittenten den Werth schenken, mag er damit eine ältere Verbindlichkeit tilgen, oder ihn gegen einen andern Werth, den ihm der Remittent einhändigt, geben, oder mag der Remittent gegen ihn die Verbindlichkeit übernehmen, ihm den Werth künftig wieder zurückzuerstatten, alles dieß bleibt ohne Einfluß auf den Wechselvertrag; alles dieß ist für den Wechselvertrag res inter alios acta.

Art. 1165 des Landrechts.

Man kann gleichwohl fragen, welches das Rechtsverhältniß sei, das auf diese Art zwischen beiden Personen begründet wird?

Um diese Frage zu beantworten, muß man die verschiedenen Fälle trennen.

Prüfen wir zuerst den Fall, da der Dritte dem Remittenten eine Summe schuldig war, und diesem für den schuldigen Betrag einen von einem Dritten an dessen Ordre gestellten Wechsel einhändigt. Dieser Fall ist natürlich verschieden von dem Fall, da der Schuldner den Wechsel selbst ausstellt, und eben so verschieden von dem Fall, da der Schuldner einen Wechsel an seinen Gläubiger indossirt. Unser Fall wird nur da vorkommen, wo der Schuldner sich scheut, eine Wechselverbindlichkeit zu übernehmen, und daher, anstatt einen Wechsel an die Ordre seines Gläubigers auszustellen oder zu indossiren, diesen von einem Dritten an die Ordre seines Gläubigers stellen läßt. Von praktischem Interesse ist dabei die Frage, ob der Schuldner durch Uebermachung eines solchen Wechsels seine Verbindlichkeit tilgt, und die für dieselbe bestellten Sicherheiten erlöschen? so viel ist gewiß, daß der Gläubiger, der einen solchen Wechsel annimmt, einen neuen Schuldner (den Wechselaussteller) erhält. Nach Art. 1271 Nr. 2 reicht aber dieses für sich allein noch nicht hin, um eine Rechtswandlung zu begründen, es muß auch der alte Schuldner vom Gläubiger frei gegeben worden sein. Kann man nun behaupten, daß in der Annahme eines solchen Wechsels schon die Freigebung des alten Schuldners liege? Eine Rechtswandlung wird nicht vermuthet, sagt Art. 1273 des Landrechts, die Absicht, sie zu bewirken, muß aus dem Geschäft klar hervorgehen. Mithin kömmt Alles auf die Umstände des einzelnen Falles an, z. B. wenn der Gläubiger seinen Schuldner beauftragt, die schuldige Summe an einen Banquier zu bezahlen, und für den Betrag einen Wechsel an seine (des Gläubigers) Ordre ausstellen zu lassen, so scheint daraus die Absicht, den bisherigen Schuldner seiner Verbindlichkeit zu entlassen, hervorzugehen. Eben so wenn der Gläubiger seinem Schuldner dessen Schuldurkunde gegen Aushändigung eines solchen Wechsels zurückgibt Art. 1282, oder wenn ein Kaufmann dem Andern den Betrag eines Wechsels obiger Art in der Rechnung ohne Vorbehalt gut bringt. Es ist in Bezug auf den letztern Fall zu bemerken, daß die Kaufleute sehr häufig in der Correspondenz die Vorsicht gebrauchen, zu schreiben: Ich werde Ihnen den Betrag nach Eingang gut schreiben.

In diesem Fall müßte man annehmen, daß der Gläubiger seinen Schuldner nicht entlassen wollte, daß daher keine Rechtswandlung statt gefunden, der Gläubiger vielmehr den Wechsel nur als neue Gewähr für die richtige Zahlung angenommen hat. Es braucht wohl nicht hinzugefügt zu werden, daß, sobald eine Rechtswandlung angenommen wird, die für die ältere Schuld bestellte Sicherheit, wie Unterpfand, Bürgschaft, u. s. w. erlischt,

Art. 1279. 1289 des Landrechts

und daß, wenn der Wechsel nicht bezahlt wird, der Gläubiger nur gegen den Aussteller nicht aber gegen seinen frühern Schuldner klagen kann.

Der zweite Fall, wenn zwischen dem Remittenten und dem dritten Werthgeber ein sofortiger Werthumtausch statt findet, kann keine Schwierigkeit in der Anwendung darbieten. Eben so wenig der dritte Fall, wenn der Remittent dem Werthgeber den von diesem bezahlten Betrag schuldig bleibt. Alsdann erscheint der Werthgeber als Darleiher, der Remittent als Entleiher.

§. 16. So wie nun das Verhältniß zwischen dem Remittenten und dem dritten Werthgeber keinen Einfluß auf den Wechsel-Vertrag hat, eben so wenig das Ver-

Digitized by Google

hältniß zwischen dem Aussteller und dem Dritten. Aber auch dieses kann sich mannigfaltig gestalten und zu interessanten Rechtsfragen Veranlassung geben, nicht sowohl in dem Fall, wenn der Dritte den Werth baar bezahlt, als vielmehr in dem Fall, wenn der Aussteller dem Dritten eine gleiche Summe schuldig war; z. B. Jemand stellt mit Einwilligung oder auf Verlangen seines Gläubigers für den Betrag der Schuld einen Wechsel an die Ordre eines Dritten aus. Hierdurch macht er sich verbindlich, diese Schuld an einen Andern als seinen bisherigen Gläubiger zu berichtigen oder berichtigen zu lassen. Es tritt daher eine Veränderung in der Person des Gläubigers ein; diese Veränderung gilt nur dann als Rechtswandlung, wenn zugleich der Schuldner von seinem bisherigen Gläubiger freigegeben wird. Art. 1271. Nr. 3.

Diese Freigebung scheint aber jedesmal unterstellt werden zu müssen, sobald es gewiß ist, daß der Wechsel für die bestandene Schuld ausgestellt wurde.

Denn es läßt sich nicht voraussetzen, daß der Schuldner sich gegen zwei Personen für dieselbe Schuld verbindlich machen wollte. Bleibt der Dritte dem Aussteller den Wechselwerth schuldig, so thut dieser wohl daran, sich hierüber einen Schuldschein geben zu lassen, weil ihm sonst die Präsumtion, er habe den Wechselwerth empfangen, entgegen stünde. Art. 114 a.

II.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

1) Es macht ein öffentliches Testament nicht nichtig, wenn die Erklärung des Erblassers nicht im direkten, sondern im indirekten Style darin angeführt ist;

2) Auch macht der Umstand, daß Unberufene bei der Fertigung des Testaments zugegen waren, dasselbe nicht nichtig;

3) Eben so macht der Mangel der Beurkundung, daß das Testament in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben worden sei, dasselbe nicht ungiltig;

4) Soll ein von einem Theilungskommissär verfertigtes öffentliches Testament deswegen umgestoßen werden, weil der Theilungskommissär zur Aufnahme desselben vom Amtsrevisor keinen Auftrag gehabt habe, so hat der Kläger den Abgang des Auftrags zu beweisen;

5) Ein Zeugenbeweis gegen den Inhalt des Testaments ist unzuläßig, ausgenommen im Falle einer eigentlichen Fälschungsklage, in welchem die absichtliche Entstellung der Thatsachen bestimmt zu begründen ist.

(Hiller gegen Zandts Ehefrau in Wössingen.)

Michael Engel von Wössingen starb im Jahr 1834 und hinterließ folgendes öffentliche Testament:

„Zur öffentlichen Urkunde wird anmit niedergeschrieben, daß der ledige 31 Jahre alte Michael Engel von Wössingen, vor mir dem unterzeichneten Theilungscommissär Ebel und den hiezu erbetenen und in keiner Verwandschaft stehenden Zeugen seinen letzten Willen vorsprach: Seine Schwester Elisabetha Engel, des Andreas Hundt Ehefrau, oder deren Erben, sollen die alleinigen Eigenthümer von seinem Nachlasse sein."

„Nachdem ich, der Theilungscommissär Ebel, das von mir eigenhändig niedergeschriebene Testament dem Testierer in Gegenwart der 4 Zeugen wörtlich und deutlich vorlas, erklärte er dies als seinen uns vorgesprochenen wahren letzten Willen, den er mit seiner Unterschrift versah."

„Commis: und Zeugen fanden ebenfalls keinen Anstand, da Testierer bei Verstand und Vernunft sich befindet, dieses mit ihren Unterschriften zu bestätigen."

„Jöhlingen den 2. Mai 1818

in cont. act.
Michael Engel.

Joseph Rath, als Zeuge.
Anton Obermann, als Zeuge.
Förster Faston, als Zeuge.
Rentmeister Spitz, als Zeuge.
Von mir unterschrieben und niedergeschrieben
Theilungscommissär Ebel".

Im Jahr 1835 erhoben die Geschwister der Erbnehmerin als Intestaterben gegen dieselbe eine Klage auf Umstoßung des Testaments auf den Grund einer Geistesabwesenheit des Erblassers. Sie wurden jedoch abgewiesen, da sie mit dem Beweise des Klaggrundes nicht aufkommen konnten.

Im Jahre 1839 erhoben sie nun eine neue Klage, wor

Digitized by Google

in sie das Testament aus folgenden Gründen anfochten:

1) weil in demselben die Beurkundung fehle, daß es in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben wurde;

2) weil bei dessen Aufnahme außer den 4 Zeugen auch die Erbnehmerin zugegen war;

3) weil nicht der ganze Inhalt des Testaments vor den Zeugen als richtig beurkundet sei;

4) weil der letzte Wille nicht von dem Erblasser, sondern von der Erbnehmerin vorgesprochen wurde;

5) weil der letzte Willen weder von einem Staatsschreiber, noch aus Auftrag eines Staatsschreibers aufgenommen wurde.

Die Beklagte widersprach einfach die in der Klage behaupteten Thatsachen, soweit sie nicht aus dem Testament selbst hervorgehen.

Dabei schützte sie die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache vor, indem sie sich auf das Urtheil vom Jahre 1835 berief, durch welches die Kläger mit ihrer Testamentsanfechtung schon abgewiesen worden seien.

Das Bezirksamt hielt nur einen der neuvorgetragenen Nichtigkeitsgründe für erheblich, nämlich den letzten, wonach der Theilungscommissär Ebel, welcher das Testament aufnahm, hiezu von dem Amtsrevisor als dem eigentlichen Staatsschreiber keinen Auftrag gehabt habe.

Dasselbe nahm aber an, dieser Auftrag sei zu vermuthen, weßhalb es den Klägern den Beweis auferlegte, daß der Theilungscommissär Ebel nicht im Namen und Auftrag des Amtsrevisors gehandelt habe.

Zur Führung dieses Beweises beriefen sich die Kläger lediglich auf das Testament selbst, in welchem von einem solchen Auftrage nichts gesagt sei.

Hierauf erkannte das Bezirksamt am 3. Juni 1840:

„Die klägerische Beweisantretung wird als unstatthaft erklärt, und die Kläger werden unter Verwerfung der von ihnen vorgebrachten Testamentsanfechtungsgründe unter Verfällung in die Kosten mit ihrer Nichtigkeitsklage abgewiesen."

Die Kläger appellirten dagegen, und das Hofgericht gab ein neues Beweiserkenntniß, worin es den Klägern den Beweis des 4. Klagegrunds:

daß das Testament nicht vom Erblasser, sondern von der Beklagten dem Theilungscommissär vorgesprochen worden sei,

der Beklagten aber den Beweis darüber auferlegte,

daß das Testament durch eine bereits im Jahre 1835 ergangene rechtskräftige Entscheidung mit gleichzeitiger Verwerfung jenes auch jetzt wieder geltend gemachten (4ten) Anfechtungsgrundes für gültig erklärt worden sei.

Die Beklagte übergab eine Abschrift des 1835er Urtheils mit der Erläuterung, daß die damalige Klage darauf gebaut wurde: der Testierer sei nicht bei gesundem Verstande gewesen, worüber der Beweis auferlegt, aber nicht geführt worden sei.

Die Kläger traten den ihnen auferlegten Beweis damit an, daß sie sich auf Zeugen (nämlich auf die noch lebenden zwei Testamentszeugen Förster Faston und Johann Spitz), sodann auf einige Vermuthungen beriefen, und endlich noch der Beklagten eventuell den Eid zuschoben.

Das Hofgericht hielt aber die Beweismittel für unzulässig und bestätigte durch Urtheil vom 7. Januar 1842 lediglich das amtliche Erkenntniß.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

„Das Testament des Michael Engel von Wössingen vom 2. Mai 1818 wird aus verschiedenen Gründen angefochten."

„Einzelne Gründe dieser Testaments-Anfechtung erschienen jedoch von vorn herein als der rechtlichen Grundlage entbehrend, während andere eines statthaften Beweises ermangeln."

„Zu jenen gehört die nicht in der Klage, wohl aber bei der mündlichen Rechtsausführung in der zweiten Instanz geltend gemachte Bemängelung, daß gerade die Stelle des angefochtenen Testaments, welche den letzten Willen des Erblassers enthält, nicht in der ersten, sondern in der dritten Person abgefaßt seie."

„Diese Eigenschaft der Abfassung des letzten Willens kann jedoch dem Testament nicht mit Grund entgegengehalten werden. Nirgends wird eine solche im direkten Style verfaßte Beurkundung des von dem Erblasser dem das Testament aufnehmenden Staatsschreiber Vorgesagten von dem Gesetze ausdrücklich verlangt; so wie nach Landrechtssatz 792 es als genügend angesehen werden muß, wenn das Testament das Vorgesagte seinem Inhalte nach, nicht aber seinem Wortlaute nach enthält, so bleibt es, der Giltigkeit des letzten Willens unbeschadet, der Wahl des aufnehmenden Staatsschreibers überlassen, welche Art des Styles er anwenden will. Ueberall kann

Digitized by Google

eine unerlaubte Einwirkung dritter Personen aus einer Darstellungsweise wie die angeführte nicht entnommen werden."

„Ebenfalls als nicht zur Anfechtung des Testaments ausreichend ist der Grund betrachtet worden, daß bei der Aufnahme des Testaments außer dem Erblasser, dem Staatsschreiber und den vier gesetzlich erforderlichen Zeugen, eine dritte Person noch zugegen gewesen sei, nämlich die Erbvermächtnißnehmerin selbst."

„Abgesehen von der weitern Behauptung einer gesetzlich nicht statthaften Einmischung dritter Anwesender, welche weiter unten erörtert ist, kann die oben berührte Thatsache, wenn sie als wahr angenommen würde, dem Testamente keinen Eintrag thun."

„Das in Frage stehende öffentliche Testament muß seine bestimmten Formwesentlichkeiten enthalten, deren Abmangel dessen Nichtigkeit zur nothwendigen Folge haben müßte."

„Diese nothwendigen Förmlichkeiten können aber keinenfalls über den Buchstaben des Gesetzes hinaus ausgedehnt werden."

„Hiernach kann nun aber die Anwesenheit eines Dritten, und selbst eines solchen Dritten, welcher von dem Erblasser bedacht worden ist, der Giltigkeit des Testaments keinen Abtrag thun, so lange dieser Dritte nicht mitwirkt."

„Nirgends ist für die Aufnahme eines öffentlichen letzten Willens die Abwesenheit eines Nichtbetheiligten als gesetzliche Nothwendigkeit vorgeschrieben. Das Zugegensein anderer Personen kann somit die Giltigkeit eines letzten Willens nicht beseitigen. Es ist vielmehr dem Erblasser lediglich anheim gegeben, wie er in dieser Hinsicht sein Testament machen will, und ob er für die etwa von ihm für zweckdienlich erachtete Entfernung Dritter am Akte Unbetheiligter vor Beginn desselben Vorkehr treffen will."

„Allerdings konnte die Erbnehmerin nicht zugleich Testamentszeugin sein, und ihre Mitwirkung in dieser Eigenschaft würde den angegriffenen letzten Willen als nichtig darstellen. Es bedürfte hier nicht einmal der Eigenschaft derselben als Erbnehmerin hiezu, da das Gesetz nur Zeugen männlichen Geschlechts nach Landrechtsatz 980 gelten läßt. Allein eine solche Eigenschaft (als Zeugin), hat die Erbnehmerin nirgends bei der Aufnahme des Testaments gehabt."

„Ein weiterer, als nicht durchschlagend betrachteter Anfechtungsgrund ist der, daß in dem fraglichen Testamente nicht beurkundet sei, daß dasselbe in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben worden sei."

„Eine ausdrückliche Erwähnung der Thatsache, daß der dem Staatsschreiber vorgesprochene letzte Wille des Erblassers auch wirklich in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben worden sei, findet sich allerdings in der betreffenden Urkunde nicht. Die am Schlusse derselben befindlichen Worte in continuo actum können auch nicht dafür gelten."

„Diese Unterlassung kann jedoch der Rechtsbeständigkeit des Testaments nicht im Wege stehen, da der hier besonders einschlagende Landrechtssatz 972 soviel nicht verlangt."

„Diese Gesetzesstelle, welche genau bestimmt, was ausdrücklich in der Urkunde aufgenommen werden soll, erheischt nur als Gegenstand der Beurkundung, daß der letzte Wille dem Staatsschreiber von dem Erblasser vorgesprochen, von Jenem niedergeschrieben, und daß das Niedergeschriebene in Gegenwart der Zeugen dem Erblasser von dem Staatsschreiber vorgelesen worden sei."

„Diesen Erfordernissen genügt aber die angefochtene Urkunde."

„Endlich gehört noch zu den, von dem urtheilenden Gerichtshofe für an sich unerheblich erachteten Bemängelungen des Testaments vom 2. Mai 1818 der Umstand, daß dieses Testament nicht die Beurkundung seiner Richtigkeit durch die Unterschrift der zugezogenen Zeugen enthalte."

„Diese Behauptung will aus dem Inhalte des Testaments selbst noch nachgewiesen werden. Dort heißt es ebenfalls am Schluß desselben:

„Commissär und Zeugen fanden ebenfalls keinen Anstand, da Testierer bei Verstand und Vernunft sich befindet, dies mit ihren Unterschriften zu bestätigen."

Dieser Stelle wird nun von den Klägern die Deutung gegeben, daß nicht das ganze Testament von den Zeugen beurkundet werde, sondern lediglich die Thatsache, daß der Erblasser im vollem Besitze der zur Abgebung einer letztwilligen Verfügung erforderlichen Seelenkräfte gewesen sei.

„Auch diese Auslegung, welche dem angeführten Satze gegeben wird, erscheint als dem ganzen Zusammenhang des Testaments nicht angemessen."

„Es liegt allerdings eine ungeschickte und unbehilfliche Wortfassung vor; diese kann jedoch der formellen Giltigkeit des Testaments keinen Abbruch thun."

„Die Zeugen, in deren Gegenwart der letzte Wille vorgesprochen, in deren Gegenwart derselbe vorgelesen worden war, haben hierauf die letzte Willensurkunde nach Vorschrift des Landrechtsatzes 974 unterzeichnet."

„Der eingeschaltete Satz, wie er oben seinem buchstäblichen Inhalte nach angeführt ist, hat offenbar nicht die Tendenz, blos den geistigen Zustand des Erblassers zu beurkunden, sondern vielmehr die, den Grund anzugeben, warum dieselben kein Bedenken trugen, das Testament mit ihrer Unterschrift zu versehen."

„Außer den bisher angeführten, und als nicht durchgreifend erachteten Gründen enthält die Klage aber auch solche, welche, wenn gehörig mit Beweis unterstützt, allerdings geeignet wären, das oft angeführte Testament umzustürzen, und somit dem gesetzlichen Erbgang Eingang zu verschaffen."

„Hieher gehört zuvörderst die Behauptung, daß das fragliche Testament nicht im Auftrage eines Staatsschreibers aufgenommen worden sei."

„Diese Behauptung steht mit der angeführten letzten Willensurkunde in keinem Einklang. In dieser tritt der Theilungscommissär Ebel als Verfertiger des fraglichen Testaments auf."

„Daß Theilungs-Commissäre als solche zu Beurkundungen, welche aus der Eigenschaft der Staatsschreiber

Digitized by Google

als solcher hervorgehen, somit zur Aufnahme öffentlicher Testamente befugt sind, kann aber nach Ansicht des ersten Einführungs-Ediktes zu dem Landrechte vom 3. Februar 1809 Art: XI 2, nach dem Organisations-Edikte vom 26. November 1809. Beilage I. Nro. 32. 38. 39. b., sowie des zweiten Einführungs-Ediktes zu dem Landrechte vom 22. Dezember 1809. Ziffer 7 nicht bezweifelt werden."

„Wenn nun behauptet werden will, daß der Verfertiger des Testaments wenigstens keinen Auftrag zu dessen Fertigung von Seiten des betreffenden Amtsrevisorats gehabt habe, so ist dieses eine Behauptung, die aus der letzten Willensurkunde nicht dargethan werden kann."

„Diese als öffentliche Urkunde beweist das darinnen Enthaltene. Es muß aus ihr entnommen werden, daß der dieselbe ausfertigende Staatsschreiber innerhalb der Gränzen seiner Befugniß gehandelt habe."

„Freilich ist darinnen weder eines bestimmten Verhältnisses zu dem hier zuständigen Amtrevisorate noch auch eines bestimmten Auftrages irgend einer solchen Stelle gedacht."

„Eine derartige Anführung kann aber von der fraglichen Urkunde nicht als nothwendiger Bestandtheil derselben verlangt werden, da zur Zeit ihrer Abfassung noch keine deßfallsige Verordnungen bestanden, vielmehr muß das oben Gesagte hier gelten."

„Da nun aber allerdings die letzte Willensurkunde eines Auftrags, wie der fragliche, keineswegs gedenkt, so mußte dem klagenden Theile überlassen werden, seine wenigstens mit dem Inhalte der öffentlichen Urkunde nicht im Widerspruch stehende Behauptung zu beweisen. Dieses hat bereits der Unterrichter berücksichtigt, indem er durch das Beweiserkenntniß vom 6. Juni 1839 den Klägern Gelegenheit gab, die Fertigung des Testaments durch einen nicht hierzu von der ihm vorstehenden Stelle beauftragten Theilungs-Commissär darzuthun."

„Diesen Beweis hat der klagende Theil nun zwar anzutreten versucht, allein auf eine ungeeignete Weise. Er hat nämlich die letzte Willens-Urkunde selbst vorgelegt, und aus dieser die zum Beweis ausgesetzte Behauptung zu deduziren gesucht."

„Mit Recht hat der Richter erster Instanz eine derartige Beweisführung als unstatthaft erklärt, wie aus dem Obigen hervorgeht, und wonach sich die erste Beschwerde als unbegründet darstellt."

„Ist nun aber der Beweis der Unfähigkeit des Testamentsfertigers zur Aufnahme des oft angeführten letzten Willens nicht geführt, so muß in diesem Punkte das Testament als rechtgiltig betrachtet werden."

„Ein anderer nicht minder wichtiger Grund der Anfechtung des Michael Engel'schen Testamentes ist die Behauptung, daß der letzte Wille des Erblassers nicht von diesem, sondern von der Erbnehmerin selbst dem Staatsschreiber vorgesprochen worden sei."

„Eine derartige Handlung würde allerdings das Testament hinfällig machen, da ein wesentliches Erforderniß eines öffentlichen letzten Willens ist, daß die Verfügungen des Erblassers, von diesem dem Staatsschreiber vorgesprochen werden."

„Diese Behauptung mußte daher zum Beweis ausgesetzt werden."

„Dieser Beweis soll durch Zeugen, Vermuthungen und Eideszuschiebung geführt werden."

„Was nun das erste Beweismittel betrifft, so darf nicht übersehen werden, daß hier eine öffentliche Urkunde vorliegt, welcher gegenüber ein Zeugenbeweis nicht zulässig ist."

„Zeugen im Allgemeinen können gegen öffentliche Urkunden nur über solche Punkte, die außer der Urkunde liegen, wie z. B. über Zwang, geistige Unfähigkeit der betreffenden Personen produzirt werden, nicht aber gegen den buchstäblichen Inhalt der Urkunde selbst."

„Was von Zeugen selbst im Allgemeinen gilt, muß nun aber auch von Testamentszeugen gelten, die ohnehin durch die Beurkundung des als unrichtig angefochtenen Aktes mehr betheiligt sind, als dritte Zeugen."

„Ueberdies ist, wenn auch die betreffende Stelle als falsch bezeichnet wird, eine eigentliche Fälschungsklage desohnerachtet hier keineswegs erhoben, sondern vielmehr eine Klage auf Nichtigkeitserklärung des Testamentes wegen unterbliebener Formwesentlichkeiten."

„Eine Klage ersterer Art verlangt bestimmtere Begründung der Behauptung einer absichtlichen Entstellung der Thatsachen, und somit kann, wenn auch hier Zeugenbeweis statthaft wäre, derselbe nicht für jede andere Anfechtungsklage benützt werden."

„Mit dem Zeugenbeweise steht und fällt aber der Beweis durch Vermuthungen. Da derselbe hier im Allgemeinen als unstatthaft betrachtet werden mußte, so konnte es auf eine Prüfung der geltend gemachten Vermuthungsgründe nicht mehr ankommen."

„Auch eine Eideszuschiebung ist nach Landrechtsatz 1360. a nicht statthaft, da nach dem Inhalte der Klage und dem oben Angeführten ein Angriff gegen die Testaments-Urkunde wegen Fälschung nicht als vorliegend betrachtet werden kann."

„Somit erscheint die Klage theils als nicht begründet, theils als des Beweises ermangelnd, und es brauchte einer weitern Berücksichtigung der von der Beklagten vorgeschützten Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht. Diese Einrede stellt sich übrigens nach der Appellatischen Beweis-Antretung als unbegründet heraus, da aus derselben hervorgeht, daß die fragliche in Rechtskraft übergegangene Entscheidung lediglich auf eine auf Geisteskrankheit gestützte Unfähigkeit des Erblassers gebaute Klage ergangen ist."

„Unter diesen Umständen mußten die unterliegenden Kläger, Appellanten auch in die Kosten der zweiten Instanz verfällt werden." Y.

Hierzu eine Beilage: Bauritteis Handbuch des badischen bürgerlichen Rechts betreffend.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 19. Karlsruhe den 13. Mai 1843.

I.

Die Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren.

Das Kapitel der Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren gehört unter die dunkelsten und bestrittensten Materien unseres Proceßrechts; die noch immer bestehende Verschiedenheit der Ansichten und das Schwanken der Gerichte sind dafür die sprechendsten Belege.

Ein Versuch, den Gegenstand im Zusammenhange mit der damit eng verbundenen Lehre von den Einsprachen und Beschwerden (§. 959 ff. §. 1054) darzustellen, dürfte deßhalb nicht überflüssig und nutzlos sein, wenn er auch nur durch Anregung gründlicherer Untersuchung zur richtigen und gleichförmigen Anwendung des Gesetzes beizutragen im Stande sein sollte.

Die Anforderung, daß gegen Verletzungen durch den Richter und durch die mit der Vollstreckung beauftragten Beamten genügende gerichtliche Mittel der Abhülfe gewährt werde, darf an jedes auf Vollständigkeit Anspruch machende Proceßgesetz gestellt werden *). Unsere Proceßordnung hat, wie die nachfolgende Erörterung zeigen wird, dieser Anforderung Genüge geleistet: es kommt nur darauf an, den wahren Sinn der dahin gehörigen Bestimmungen und die richtigen Gränzlinien aufzufinden, was freilich bei der eigenthümlichen Behandlung dieses Theils der Proceßordnung nicht ohne Schwierigkeit ist. Theils fehlt es nämlich hier an der sonst die Proceßordnung auszeichnenden Präzision in den Bezeichnungen, theils enthalten die einschlagenden Bestimmungen mehr Andeutungen, welche auf die allgemeinen Grundsätze hinweisen, als erschöpfende Vorschriften †), weßhalb eine befriedigende Lösung unserer Aufgabe nur durch strenges Festhalten der anderwärts aufgestellten allgemeinen Grundsätze und konsequente Entwickelung derselben möglich ist.

An der Anleitung dieser Sätze ergibt sich folgendes System:

Es ist zu unterscheiden ††) zwischen

A. Beschwerden (Einsprachen) wegen Verletzungen der gesetzlichen Vorschriften durch die Vollstreckungsbeamten (§. 970) oder Vollstreckungshandlungen §§. 959 [1], 961, 962, 1054, 1055;

B. Beschwerden wegen Verletzungen der gesetzlichen Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens durch den Richter, §. 963, (Beschwerdeführung des 48ten Titels der Proceßordnung);

C. Beschwerden wegen Verletzungen des materiellen Rechts durch Ab- oder Zuerkennen eines Rechtsanspruchs im Verhältniß zur Gegenpartei, §§. 965, 1172, (Appellation); endlich

D. Der Einsprache in den Fällen des §. 959 [2] (§. 958 [1] u. [2]) und §. 959 [4] u. [5] der Proceßordnung.

Zu A. Demjenigen, welcher die Verletzung gesetzlicher Vorschriften durch Vollstreckungshandlungen behauptet, gestattet das Gesetz, zur Abhülfe den Richter anzugehen. Es gilt darüber Folgendes:

1) Wegen jeder Verletzung der Vorschriften des Verfahrens durch Vollstreckungsbeamte kann sich der Betheiligte an den Richter wenden. §. 959 [1].

*) Gönner, Handbuch des deutschen gemeinrechtlichen Processes Band III. S. 110.
Linde, Lehrbuch des Civilprocesses §. 377.

†) Annalen der badischen Gerichte Jahrgang IV. S. 265 u. 266.

††) Ueber diese Unterscheidung, siehe auch Annalen Jahrgang III. Nr. 8. Red. Note.

Digitized by Google

2) Es kann dies geschehen durch Einsprache, Beschwerde (Beschwerdeführung), Klage (Nichtigkeitsanfechtung) §§. 960. 961. 962. 1054 und 1055.

3) Bezweckt dies Gesuch an den Richter die Beseitigung einer solchen Vollstreckungshandlung, durch welche noch kein bestimmter Rechtsanspruch gegeben oder entzogen wurde, wie z. B., wenn ohne Bewilligung der Betheiligten die Versteigerung 3 Monate vom Tage der Auspfändung hinausgesetzt, (§. 1000), oder wenn über die erforderliche Summe hinaus Eigenthum des Schuldners der Versteigerung ausgesetzt ward (§. 1003), so wird das Gesuch (die Beschwerde) durch eine (ohne Vernehmung des Gegentheils zu erlassende) einfache richterliche Verfügung erledigt.

4) Bezweckt dagegen das Gesuch die Beseitigung oder Aufhebung eines Vollstreckungsaktes, aus welchem bestimmte Rechtsansprüche hergeleitet werden, wie z. B., wenn im obigen Falle des §. 1003 mehr als nöthig versteigert würde, oder wenn der Zuschlag erfolgte in einer Versteigerung, welcher die gesetzmäßige Verkündung nicht vorherging §§. 1035 und 1036, so hat das Gesuch (die Klage) die Natur einer Nichtigkeitsanfechtung, und die Entscheidung darauf ist ein Rechtsbescheid.

5) Alle Einsprachen (Beschwerden) gegen Vollstreckungshandlungen wegen verletzter Formen erlöschen in der Regel in vier Wochen nach Vornahme der Vollstreckungshandlung, §. 961.

Bei Liegenschaftsversteigerungen erlöschen sie jedoch erst in vier Wochen nach dem Zuschlag, §. 1054; und wo eine zweite Liegenschaftsversteigerung vorgenommen wurde, da findet überhaupt keine Klage wegen bei der ersten Versteigerung nicht beobachteter Förmlichkeiten mehr Statt. §. 1055.

6) Eine Vollstreckungshandlung kann nicht mehr als nichtig angefochten werden, wenn dem die Verletzung Behauptenden möglich gewesen wäre, im Wege der Beschwerde (Beschwerdeführung) Abhülfe zu begehren. §. 962 [3].

7) Ob ein Akt als nichtig aufzuheben sei, wird nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beurtheilt. §. 962 [4].

Theils zur nähern Begründung, theils zur Erläuterung dieser Sätze sind einige Bemerkungen nöthig.

Zu 1. Das Gesetz spricht allgemein, weßhalb die Auslegung keine Unterscheidung machen darf.

Zu 2. Der Gesetzgeber hat keine Definition dieser Bezeichnungen und keine Vorschriften über den Gebrauch des einen oder des andern dieser Hülfsmittel gegeben. Es ist daher der Wissenschaft überlassen, die Lücken auszufüllen. Vorerst muß bei dieser Unbestimmtheit der Gesetzessprache die Regel gelten, daß der Richter nicht aus der Bezeichnung, sondern aus der Sache selbst, dem Gesuche und Zwecke der Vorstellung, zu entnehmen hat, als was dieselbe anzusehen und zu behandeln sei.

(Zu 3 u. 4). Doch scheint die „Einsprache" der allgemeine Ausdruck des Gesetzes für die Vorstellung gegen eine Vollstreckungshandlung an den Richter, und nebstdem noch besonders die Bezeichnung für die Einmischung Dritter in den Fällen des §. 959 [4] u. [5] zu sein, die „Beschwerde" aber besonders für die Fälle unter Ziffer 3 (oben), und die „Klage" für die unter Ziffer 4 aufgeführten Fälle zu passen.

Ob aber die „Beschwerdeführung", welcher in §. 962 Erwähnung geschieht, das im 48ten Titel der Proceßordnung (§. 1244) abgehandelte Rechtmittel an den Oberrichter, oder blos die beim Unterrichter vorzubringende Beschwerde oder „Einsprache" sei, darüber herrscht großer Zweifel.

Obgleich eigentlich erst der in Ziffer 6 aufgestellte Satz einigen unmittelbaren Anlaß zur Beantwortung der Frage über die wahre Bedeutung jenes Ausdrucks gibt, so will ich doch schon hier in die Erörterung der Streitfrage eingehen, weil die Behauptung aufgestellt wurde, daß überhaupt Beschwerden gegen Vollstreckungshandlungen eben so, wie die Beschwerden gegen formverletzende richterliche Verfügungen (B unten), nur beim Oberrichter nach Maaßgabe der Vorschriften des Titels 48 der Proceßordnung geltend gemacht werden müssen, mit andern Worten, daß es andere (einfache) Beschwerden oder Beschwerdeführungen nicht gäbe, als jene des 48ten Titels der Proceßordnung und somit auch die in §. 962 erwähnte Beschwerdeführung nur die des §. 1244 sei. Ich möchte dagegen gerade umgekehrt den Satz aufstellen, und will versuchen ihn zu begründen: daß gegen Handlungen der Vollstreckungsbeamten (§. 970), durch welche Vorschriften des Verfahrens verletzt worden sind, oder verletzt worden sein sollen, blos

beim Richter erster Instanz Beschwerden Statt finden, niemals aber beim Oberrichter, und daß auch im §. 962 nur diese Beschwerde gemeint sei.

Werden vom Unterrichter selbst Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens bei der Erledigung der Beschwerde gegen eine Vollstreckungshandlung verletzt, so findet allerdings Beschwerdeführung beim Oberrichter Statt; dies ist aber nicht mehr die Frage, von der hier die Rede ist, sondern ein unter B (§. 963) gehöriger Fall.

Gewöhnlich findet man unter den Fällen, wo die Beschwerdeführung des §. 1244 Statt finden soll, die §§. 962 und 963 nebeneinander ohne Unterscheidung aufgeführt, woraus sich die Meinung entnehmen läßt, daß auch die Beschwerde gegen Vollstreckungshandlungen unmittelbar an den Oberrichter gehe*). Der einzige scheinbare Grund, der sich für diese viel verbreitete Meinung anführen läßt, ist der Gebrauch der gleichen Bezeichnung mit dem im Titel 48 abgehandelten Rechtsmittel. Allerdings ist man auch berechtigt, vom Gesetzgeber zu erwarten, daß er nicht derselben Bezeichnung für verschiedene Dinge sich bediene.

Wo sich jedoch wie hier nachweisen läßt, daß der Gesetzgeber es mit den Ausdrücken nicht genau genommen hat, da verliert jener Grund schon sehr an seinem Gewicht; er verliert aber vollends alle Bedeutung, wenn sich eine andere Absicht nachweisen läßt, und auch die Rücksichten der Zweckmäßigkeit jener Auslegung entgegenstehen.

Für die hier vertheidigte Ansicht spricht für's Erste schon der Grund, daß nicht abzusehen wäre, warum hier ein sonst nirgends vorkommender Sprung statt finden und nicht die näher liegende und bequemere Justiz des Unterrichters benutzt werden sollte**). Eine solche Einrichtung würde der Bestimmung der Obergerichte, über Beschwerden gegen Verletzungen der Parteien durch den Unterrichter zu erkennen, geradezu widerstreiten. Hätte unsere Proceßordnung, deren Hauptquelle der gemeine deutsche Proceß ist †), an diesem uralten Fundamentalprinzip des gemeinrechtlichen Processes eine so auffallende Aenderung machen wollen, so würde sie dies gewiß bestimmt und unzweifelhaft ausgesprochen haben ††).

Wo läge auch der rechtfertigende Grund, dem Unterrichter, dem man die Entscheidung aller Rechtsstreitigkeiten ohne Unterschied der Wichtigkeit übertragen hat,

*) Diese Ansicht findet sich selbst bei Weiler in den Motiven S. 85 und im Commissionsbericht der zweiten Kammer zu den §§. 965 u. 966 (des ursprünglichen Entw.). Ferner im Archiv für die badische Rechtspflege Band III. S. 188 Note 74, in den Annalen Jahrgang IV. S. 268, und in einer oberhofgerichtlichen und zwei hofgerichtlichen Entscheidungen (Ober- und Mittelrheinkreis) Jahrbücher des Oberhofgerichts N. F. Jahr 1835 S. 250; Annalen Jahrgang III. S. 45 und IV. S. 32.

**) Annalen Jahrgang VI. S. 175.

†) v. Weiler, Motive, S. VI. (Vorrede).

††) Allerdings. Die Ansicht, daß eine Beschwerdeführung gegen einen Akt des Vollstreckungsbeamten im Sinne des §. 1244 der Proceßordnung unmittelbar an den Oberrichter gehe, ist in der That eine abenteuerliche zu nennen. Uebrigens scheint mir, daß dies duechaus nicht die Ansicht aller derer ist, welche auf die im Absatz 2 des §. 962 erwähnte Beschwerdeführung den 48ten Titel anwenden. Namentlich haben sicher von Weiler und die Commission der zweiten Kammer, wenn sie beim §. 962 von der Beschwerdeführung des §. 1244 sprach, nicht gemeint, daß diese Beschwerdeführung unmittelbar gegen einen Akt des Vollstreckungsbeamten an das Obergericht gerichtet werden könne.

Wenn man die im §. 962 Absatz 2 erwähnte Beschwerdeführung unter den §. 1244 stellte, so hatte man dabei folgende 2 Fälle im Auge:

1) Es wurde eine ungesetzliche Vollstreckungshandlung (z. B. die Abkürzung der gesetzlichen Fristen, die Umgehung der vorgeschriebenen Verkündung, die Pfändung des Doppelten ꝛc.) durch eine spezielle richterliche Verfügung angeordnet. In diesem Falle sollte nicht unmittelbar gegen die Vollstreckungshandlung, sondern gegen die, dieselbe anordnende richterliche Verfügung das Rechtsmittel der Beschwerdeführung stattfinden.

2) Ist der gesetzwidrige Akt nicht vom Richter selbst besonders angeordnet, sondern vom Vollstreckungsbeamten nach eigenem Ermessen vorgenommen, beziehungsweise eingeleitet, so können die Betheiligten Einsprache dagegen bei dem Richter erheben, und um eine proceßleitende d. h. um eine das Verfahren in den gesetzlichen Gang verweisende Verfügung bitten, und gegen die hierauf erfolgende ungesetzliche (die Gesetze über das Vollstreckungsverfahren verletzende) richterliche Verfügung sollte nun ebenfalls wieder das Rechtsmittel der Beschwerdeführung stattfinden, vorausgesetzt, daß nicht die Bitte um einen Einhalt mit der Hülfsvollstreckung überhaupt, sondern nur die Art der Vornahme irgend einer Vollstreckungshandlung in Frage sei, indem da, wo das Gesuch um Einhalt oder die Einsprache gegen einen bereits bewilligten Einhalt verworfen wurde, so wie da, wo es sich um Umstoßung einer bereits vollzogenen, die Rechte der Parteien in ihrer definitiven Wirkung verletzenden Vollstreckung handelt, als Rechtsmittel (vorbehaltlich etwa selbstständiger Klagen) nur die Appellation und nie die Beschwerdeführung Platz greift.

D. Red.

Digitized by Google

die Entscheidung über simple Beschwerden wegen Formverletzungen der Vollstreckungsbeamten zu entziehen, und dafür ausnahmsweise den Oberrichter als Richter erster Instanz zu berufen? Es wäre dies eine Vermehrung der privilegirten oder Ausnahmsgerichte, welche ohne die klar dargelegte Absicht des Gesetzgebers nicht angenommen werden darf.

Diesen allgemeinen Gründen reihen sich noch folgende spezielle Gründe der Auslegung an:

Aus der Vergleichung der Inhaltsangabe (Randschrift) bei §. 959 mit jener bei §. 963 ergibt sich einmal ein Gegensatz der zu jenem Paragraphen gehörigen Fälle der Einhaltsertheilung und der Fälle, die im §. 963 ihre Bestimmung erhalten: sodann aber auch das Fortwirken jener Ueberschrift bis zur andern, den Gegensatz bestimmenden Ueberschrift. Darnach gehen die Bestimmungen der §§. 960, 961 u. 962 alle von derselben Unterstellung, wie der §. 959, aus, daß von einem Einhaltsbefehl des Unterrichters, folglich auch von einer zu dem Zweck an ihn gebrachten Beschwerde die Rede sei. Der §. 960 handelt von der Sicherung des Klägers, wenn der in §. 959 gedachte Einhaltsbefehl vom Unterrichter ertheilt wird; der §. 961 bestimmt die Erlöschungsfrist für die Einsprachen, der §. 962 hat vorzugsweise die Nichtigkeitsklage im Auge, und bestimmt im Absatz 1, daß die Nichtigkeiten nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen seien; der Absatz 2 aber enthält eine an den §. 961 sich anschließende Bedingung der Geltendmachung der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage: alles das in Bezug auf den im §. 959 erwähnten auf jene Einsprachen ergehenden Einhaltsbefehl des Unterrichters. Mit diesem letzten Paragraphen sind die lediglich als Entwickelung des §. 959 erscheinenden Vorschriften für die Ertheilung eines Einhaltsbefehls durch den Unterrichter und die Anbringung der damit verbundenen Einsprache, welcher Ausdruck hier ganz allgemein die Angehung des Richters bezeichnet, erschöpft; und nun kommt im ganz natürlichen Ideengang die Bestimmung, wann der Oberrichter einen Einhaltsbefehl zu ertheilen habe, an die Reihe. Aus dieser Verbindung dürfte sich der Schluß ziehen lassen, daß jede Beschwerde oder Einsprache, von der in den §§. 959—962 die Rede ist, nach der Intention des Gesetzes nur beim Unterrichter anzubringen, und daß folglich auch unter der im Absatz 2 des §. 962 berührten „Beschwerdeführung" nur eine solche Beschwerde zu verstehen sei.

Zur Unterstützung dieser Ansicht läßt sich auch noch der §. 1054 anführen, welcher von „Beschwerden" oder „Klagen" im Abschnitt der Liegenschaftsversteigerung spricht, worunter man nach dem ganzen Zusammenhang und der Randangabe des Paragraphen nichts anders verstehen kann, als im Allgemeinen die Angehung des Unterrichters im Sinne des §. 959—962. Hat man aber einmal das Wort „Beschwerde" für solche Angehung gebraucht, so liegt der Gebrauch der Bezeichnung „Beschwerdeführung" dafür ganz nahe, so, daß also die Gleichheit der Bezeichnung mit der Beschwerde des §. 1244 nicht mehr so auffallend erscheint, oder wenigstens erklärbar wird.

Ein ganz schlagender Grund gegen die bekämpfte Meinung scheint mir aber darin zu liegen, daß der Absatz 2 des §. 962 gar keinen Sinn hätte, wenn man unter der „Beschwerdeführung" das Rechtsmittel des 48ten Titels verstände. Er sagt: Eine Vollstreckungshandlung kann nicht mehr als nichtig angefochten (d. i. mit einer Nichtigkeitsklage angegriffen) werden, wenn demjenigen, welcher die Verletzung gesetzlicher Vorschriften durch die Vollstreckungshandlung behauptet, möglich gewesen wäre, im Wege der Beschwerdeführung Abhülfe zu begehren. Die Beschwerdeführung des §. 1244 findet aber nach §. 963 nur gegen formverletzende richterliche Verfügungen (B unten) statt, und nicht gegen Vollstreckungshandlungen, von welchen im §. 962 allein die Rede ist; folglich mußte in allen Fällen die Nichtigkeitsklage statuirt werden, was gerade der Bestimmung Sinn und Bedeutung entziehen und offenbar der Absicht des Gesetzgebers widerstreben würde, welcher — und zwar sogar als Regel — Fälle im Auge hat, in welchen eine Vollstreckungshandlung nicht mehr der Anfechtung als nichtig unterliegen soll. Versteht man dagegen unter dem Wort „Beschwerdeführung" die Einsprache oder Beschwerde, wovon die vorhergehenden Paragraphen sprechen, so hat die Vorschrift den ganz guten und vernünftigen Sinn: daß die (umständlichere) Anfechtungsklage nicht mehr angenommen werden soll, wenn der Anfechtende durch die (einfachere) Beschwerde des §. 961

Digitized by Google

Abhülfe hätte begehren können; es soll dies ein Antrieb zur Ergreifung des einfacheren Mittels sein.

Die Beschwerdeführung des §. 1244 kann endlich hier auch darum nicht gemeint sein, weil die Absicht offenbar die ist, die Anfechtungsklage durch etwas an eine Zeitfrist Gebundenes zu bedingen, um schneller zum Ziel zu führen. Durch die Entgegenstellung der Beschwerdeführung des §. 1244 hätte aber das Gesetz diese Absicht schlecht erreicht, da dieselbe an keine Frist gebunden, während dagegen die Beschwerde des §. 961 (und 1054) an den kurzen Termin von vier Wochen geknüpft ist. Nur zu dieser letztern passen daher auch die bezeichnenden Worte „möglich gewesen wäre", wogegen zu jener die Worte „möglich wäre" oder „möglich ist", passender sein würden. Setzen wir den Fall, daß dem Schuldner Fahrnisse ohne Beobachtung der Vorschriften des §. 997 versteigert würden, und derselbe, obschon er selbst das Verfahren mit angesehen, sechs Wochen zuwartet und erst alsdann den Versteigerungsakt als nichtig anfechten will. Hier stände nun seiner Klage der Absatz 2 des §. 962 entgegen. Nicht aber in dem Falle, wenn er erst in der 5ten Woche von der Verletzung an gerechnet davon Kenntniß erhalten hätte.

Zu 3. Ein durch die Verletzung zugefügter Nachtheil wird hier, wie bei den Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne erfordert. Es folgt dies aus dem Zwecke aller Proceßformen, die nur dazu gegeben sind, dem Bürger zu seinem Rechte zu verhelfen *).

Wo daher dem Richter klar vorläge, daß es an einer materiellen Beschwerung fehlt, da wäre die Beschwerde trotz der nachgewiesenen Formverletzung zu verwerfen, unbeschadet jedoch der rechtspolizeilichen Rüge §. 961 a. E.

Zu 4. Mit den Vorschriften über die formelle Beschaffenheit einer Klage pflegt man es hier nicht genau zu nehmen. So wurde in einem beim oberrheinischen Hofgericht vorgekommenen Falle die Einsprache des Steigerers aus der zweiten Versteigerung gegen die Anordnung einer dritten Versteigerung mit der Erklärung, er beharre auf der zweiten Versteigerung, worauf dann mit den Gläubigern der Gant, welche die neue Versteigerung betrieben, verhandelt, sofort die Einsprache verworfen, und die Anordnung der dritten Versteigerung bestätigt wurde, als Klage betrachtet. Ein anderer hierher gehöriger Fall findet sich in den Annalen Jahrgang IV. S. 32. **)

Zu 5. Der Wortlaut des §. 962 zeigt, daß die Einsprachen des §. 959 [4] u. [5] hierunter nicht begriffen sind.

Zu 6. Siehe das zu 2 oben Gesagte.

Zu B. Gegen richterliche Verfügungen, die eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften des Verfahrens enthalten, statuirt der §. 963 das Rechtsmittel der Beschwerdeführung des 48ten Titels d. i. an den Oberrichter (querela simplex). Bei der Allgemeinheit des Ausdrucks kann auch hier keine andere Beschränkung des Gebrauchs dieses Rechtsmittels als die in der Natur und dem Zwecke desselben überhaupt liegende Statt finden. Auch hier muß daher bei der materiellen Beurtheilung zunächst auf das Dasein einer wirklichen Beschwerde durch die angegriffene richterliche Verfügung gesehen werden. Hätte z. B. der Unterrichter beim Dasein der in §. 1015 bezeichneten Verhältnisse Pfändungsverfügung auf die ganze Erndte erlassen, der Vollstreckungsbeamte hätte aber bei dem Vollzug noch mehr als das gesetzliche Maaß, da so viel zur Befriedigung des Gläubigers nicht nöthig war, frei gelassen, so wäre zwar eine Vorschrift des Verfahrens verletzt, und somit formell die Beschwerdeführung statthaft, sie müßte aber (wenn vom Schuldner erhoben) wegen des Mangels einer materiellen Beschwerung verworfen werden.

Die Worte in §. 963: „beim Vollstreckungsverfahren" könnten die Zweifel erregen, ob auch die Verletzung anderer gesetzlicher Vorschriften des Verfahrens, als der Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens, d. i. jede Verletzung einer Proceßvorschrift, wenn sie nur beim oder im Vollstreckungsverfahren vorkommt, die Beschwerdeführung begründe? Der Wortlaut scheint zwar für diese Auslegung zu sprechen; sie wäre aber unverkennbar der Absicht des Gesetzes zuwider, da kein Grund denkbar wäre, warum im Vollstreckungsverfahren, wo gerade Beschleunigung eine Hauptrücksicht des Gesetzgebers sein muß, ein ausgedehnterer Gebrauch der Rechtsmittel Statt

*) Martin, Handbuch §. 20; Linde, Lehrbuch des Civilprocesses §. 1.

**) Das Vorhandensein der Nichtigkeitsklage wurde hier aus der Form, anstatt (nach obiger Darstellung) aus der Sache, deduzirt.

Digitized by Google

finden sollte. Es scheint daher blos eine Ungenauigkeit der Redaktion vorzuliegen. *)

Ob der Unterrichter selbst nach Ansicht der Beschwerde dieser abhelfen könne, ist zwar weder hier noch im Tit. 48 gesagt; die Frage wird jedoch nach §. 1165 per argum. e contrario und nach dem nicht abgeänderten gemeinrechtlichen Grundsatze, daß der Richter von jeder nicht der Rechtskraft empfänglichen einfachen Verfügung wieder abgehen kann, zu bejahen sein. **)

Es erhebt sich die Frage: ob diese Beschwerdeführung auch gegen das Erkenntniß des Unterrichters über die in Ziff. 3 erwähnte Beschwerde Statt finde? Ich glaube nur in sofern als der Fall des §. 963 vorhanden ist, da in andern Fällen kein Gesetz es gestattet. ***) Sofern aber darin ein Einhaltsgesuch verworfen wird, findet §. 965 Anwendung.

So wie sich dieses Rechtsmittel nach der einen Seite hin von der Beschwerde gegen Vollstreckungshandlungen dadurch unterscheidet, daß es gegen eine richterliche Verfügung und an den Oberrichter geht, so ist seine Grenzlinie nach der andern Seite der Appellation dadurch leicht erkennbar, daß es nur gegen einfache Vorschriften des Verfahrens verletzende richterliche Verfügungen, niemals aber gegen solche richterliche Akte, die ein Recht ab- oder zuerkennen, statthaft, gegen letztere vielmehr ausschließlich die Appellation, welche auch die Nichtigkeitsbeschwerde in sich schließt, das zulässige Rechtsmittel ist.

Damit gelangen wir zu C., zu dem Rechtsmittel der Appellation. Es muß hier wiederholt werden, daß, wie schon aus der Fassung des §. 965 und dem Umstande, daß außerdem von der Appellation nichts gesagt wird, hervorleuchtet, eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über dieses Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag. Die Frage, wann die Appellation im Vollstreckungsverfahren statthaft sei, beantwortet sich daher nach den im Vorangehenden angegebenen Gesichtspunkten auch ohne große Schwierigkeit. Wesentlich ist, daß mittelbar oder unmittelbar im Verhältniß zu einer Gegenpartei ein bestimmtes Recht ab- oder zuerkannt wird, §. 1172, und es ist in dieser Beziehung dem Gesagten nichts Weiteres beizufügen. Der §. 965 selbst scheint nur eine Anwendung oder Anerkennung der in §. 1172 und in den §§. 718 und 719 (Art. 8 der Proceßnovelle) aufgestellten allgemeinen Grundsätze zu enthalten. Das Einhaltsgesuch erscheint als eine Bitte um einen unbedingten Befehl; gegen die Verwerfung (Abschlagung) stünde daher schon nach §. 719 (Novelle Art. 8) dem Nachsuchenden die Appellation offen. Daß hier in der Regel der beklagte oder verfolgte Theil es ist, der um den Befehl nachsucht, kann am Wesen der Sache nichts ändern, denn die Vorschrift der §§. 718 und 719 a ist davon nicht abhängig gemacht; der Nachsuchende erhält dadurch, wie der Widerkläger oder selbst der Excipirende, gewissermaßen die Stellung des Klägers. In den Fällen des §. 959. 4 und 5 tritt nicht einmal diese scheinbare Anomalie ein. Daraus ergibt sich aber auch, daß man nicht sagen kann, die Gleichheit der Rechte verlange, daß auch gegen die Ertheilung des Einhaltsbefehls der Gegenpartei alsbald das gleiche Rechtsmittel verstattet sein müsse. †) Vielmehr steht ihr zunächst gemäß §. 718 nur die Einsprache und erst nach deren Verwerfung die Appellation zu, wodurch die Gleichheit der Rechte hergestellt wird. Die Verhältnisse beider Partelen sind hier, wie auch in den Fällen des §. 718 und des §. 719 nicht ganz gleich, daher auch die verschiedene Behandlung. Der Nachsuchende, dessen Begehren verworfen wird, ist vom Richter schon gehört, nicht aber der Gegner, wenn zu seinem Nachtheil der Einhaltsbefehl ertheilt wird. Das Gesetz ging von der hierin ganz beibehaltenen Lehre des gemeinen Processes ††) aus, daß rechtliches Gehör für jede Partei nothwendig dem der Rechtskraft empfänglichen Erkenntnisse vorangehen müsse

*) So scheint es auch die Redaktion der Annalen in Z. III. S. 45 genommen zu haben.

**) Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §§ 99—101 a. Bayer, Vorträge. S. 256 (7. Ausgabe).

***) So entschied auch Thilo, Proceßordnung Not. 8 zu §. 962, in einem Falle das mittelrheinische Hofgericht, mit analoger Anwendung des §. 1250, und ebenso einmal das oberrheinische Hofgericht.

†) Annalen, IV. S. 265 Ziff. 8.

††) Gönner, a. a. O. S. 116. 117. 138 und 139. Linde, Rechtsmittel S. 96 ff. Grolmann, a. a. O. §§. 100. 232 ff. Nur die im gemeinen Proceß statuirte nochmalige Vorstellung dessen, der um das Mandat gebeten hatte, gegen die Abschlagung bei demselben Richter hat der §. 719 resp. der an dessen Stelle Art. 8 der Novelle mit Recht abgeschnitten.

Digitized by Google

und vorher ein Rechtsmittel an den höhern Richter unnöthig und darum auch unzulässig sei. *) Der in dem oben angeführten Aufsatze über die Rechtsmittel am Ende geäußerten Ansicht, daß es das Zweckmäßigste gewesen wäre, im Vollstreckungsverfahren allein das Rechtsmittel der Beschwerdeführung (§. 1244.) zu statuiren **), möchte in dieser Allgemeinheit schwerlich beizutreten sein; man muß bedenken, daß im Vollstreckungsverfahren häufig neue förmliche Rechtsstreite sich entwickeln und eigentliche Rechtsbescheide (§. 1172) über sehr wichtige Ansprüche vorkommen, z. B. in den Fällen des §. 959 Ziff. 2, 4 und 5, oder des §. 1072. Sollte in solchen Fällen nicht das gründlichere Appellationsverfahren angemessenee sein als die einfache Beschwerde? Wohl aber läßt sich fragen, ob nicht die Appellation wegen Verwerfung des Einhalts beschränkt und der weniger wichtige Theil der vielen hier möglichen Berufungsfälle (§. 959 und §. 965) durch die Beschwerdeführung hätte abgethan werden können? Es kann allerdings bei diesem Stand der Sache leicht zu einer Kumulation dee Rechtsmittel und zu Verwicklungen kommen, die von dem gerade im Vollstreckungsverfahren so wesentlichen Gesichtspunkte der Beschleunigung weit abführen, wie der vom Verfassee jenes Aufsatzes angeführte merkwürdige Fall ***) zeigt. Indessen wird man doch auf der andern Seite auch von der Fortbildung der Doktrin erwarten dürfen, daß Fehler, wie die dort vorgefallenen ****), nicht so häufig mehr vorkommen werden. Die Geschäftsleitung wird in solchen polypenartigen Fällen, wo ein Streit aus dem andern erwächst, viel zur Verhütung von Verschleifen beitragen können, indem sie die verschiedenen Streitfragen soviel möglich gleichzeitig zur Entscheidung bringt, was namentlich bei der Verfügung über Einhalts- oder Vollstreckungsgesuche nach ergriffenen Rechtsmitteln (§§. 950. 3, 1181—1185) öfters möglich sein wird und auch im Geiste der Proceßordnung liegt. §. 1168.

Das Ergebniß dieses Theils unserer Erörterung (C) läßt sich demnach kurz dahin zusammen fassen: die Appellation ist im Vollstreckungsverfahren, außer den speciell genannten Fällen des §. 965 und resp. 959, überall da das statthafte Rechtsmittel, wo ein Rechtsanspruch im engern oder eigentlichen Sinn (§. 1172) einer Partei im Verhältnisse zu einee Gegenpartei ab- oder zuerkannt und die benachtheiligte (sich beschwerende) Partei gehört worden ist; wo diese noch nicht gehört wurde, da muß sie voreest der Einsprache sich bedienen, und erst die Entscheidung darüber eröffnet ihr das Rechtsmittel der Appellation.

Daraus beantwortet sich sodann von selbst die Frage, wie es in Beziehung auf Rechtsmittel bei erhobenen Nichtigkeitsklagen und Einsprachen (A) zu halten sei. Regelmäßig wird das mit der Einsprache ꝛc. nach ihrem Zwecke schon nothwendig verbundene Einhaltsgesuch die Brücke zu dem angemessenen Rechtsmittel bilden; im Falle der Verwerfung (oder auch Wiederaufhebung, Art. 8 der Nov.) zur Appellation, §. 965, im Falle der Gewährung vorerst zur Einsprache für den verletzten Gegentheil. Sofeen aber auf die Nichtigkeitsklage oder die Einsprache des §. 959 2. 4 und 5 ein Bescheid auf rechtliche Verhandlung ergeht, kommt ohnedem die allgemeine Regel (§. 1172.) zur Anwendung. Nebenbei besteht für die Verletzung der Vorschriften des Beefahrens durch den Richter das Rechtsmittel der Beschwerdeführung. §. 963. Es versteht sich übrigens von selbst, daß nach der allgemeinen Regel beim Gebrauche des Rechtsmittels der Appellation die Beschwerden der leztern Art mit der Appellationsbeschwerde geltend gemacht werden. Wo dies nicht möglich ist, hilft Art. 3 der Novelle. Außer diesen Fällen wird schwerlich

*) Hiernach wäre in dem Falle der Annalen Z. III. S. 32 von den Gläubigern statt der Berufung vorerst die Einsprache zu gebrauchen gewesen, da sie nach der Erzählung des Falls auf die Klage noch nicht gehört waren.

**) Annalen IV. 268.

***) Annalen Z. III. S. 242 und 243.

****) Abgesehen davon, daß ein zu berücksichtigendes Einhaltsgesuch in jenem Falle gar nicht vorlag, weil nur der Ortsvorstand (nicht die allein berechtigte Partei) Gegenvorstellung gegen die verfügte Exekution gemacht hatte, daß daher in der wiederholten Versteigerungsverfügung des Amts auch keine Verwerfung eines Einhaltsgesuchs zu erkennen, folglich die Appellation als unstatthaft zurückzuweisen war, hat das Hofgericht irrig seine Verwerfung des an die Appellation geknüpften Einhaltsbefehls als Entscheidung über eine (nicht vorgelegene) Beschwerdeführung (laut dem Vorlageberichte) angesehen; es hat ferner auch das Oberhofgericht, während es doch in dem zweiten Entscheidungsgrund selbst anerkannte, daß nur der Suspensiveffekt (s. die hofgerichtliche Verwerfung des Einhaltsgesuchs) der Gegenstand der Beschwerde sei, nach seinem dritten Entscheidungsgrund dem §. 965 zuwider die Beschwerdeführung, anstatt die Appellation, als das zulässige Rechtsmittel angesehen.

Digitized by Google

noch ein anderer vorkommen, worin die Entscheidung über die Einsprache getrennt vom Beschluß über die Einhaltsbitte ergeht, so daß also vom Gesetze keine Lücke gelassen und gegen jede Verletzung durch einen richterlichen Akt die Möglichkeit oberrichterlicher Abhülfe gegeben ist.

Zu D. Daß diese Arten der Einsprache (§. 959. 2. resp. 958. 1 und 2, 959. 4 und 5) zu eigentlichen rechtlichen Verhandlungen und Rechtsbescheiden Anlaß geben, und mit den Einsprachen (Beschwerden) wegen Formverletzungen nicht zu verwechseln sind, wurde schon oben (zu A und C) bemerkt.

Aus dem Bisherigen wird sich auch die Frage: ob zwischen richterlichen Verfügungen, wodurch das Vollstreckungsverfahren eingeleitet wird, und zwischen richterlichen Verfügungen im schon begonnenen Vollstreckungsverfahren ein wesentlicher Unterschied bestehe und für jene andere Grundsätze maßgebend seie, wie in dem Aufsatze im Jahrgang III. Nr. 7, I. der Annalen angenommen wird, leicht beantworten lassen, die Frage muß verneint werden. Mir scheint, daß schon überhaupt eine derartige Trennung der gerichtlichen Handlungen und Verfügungen, wodurch das Vollstreckungsverfahren *eingeleitet* wird, von jenen, die *nach* eingeleitetem Vollstreckungsverfahren vorkommen, unstatthaft ist. Alle gerichtlichen Handlungen und Verfügungen, welche die Vollstreckung unmittelbar bezwecken, gehören zum Vollstreckungsverfahren, und folglich auch diejenigen, welche dieses Verfahren einleiten oder nach der ersten Einleitungshandlung (dem Gesuch um Anordnung der Vollstreckung) vorkommen, und zwar so gewiß, als zu jedem Ding sein Anfang gehört. Eben darum unterliegen aber auch diese einleitenden Handlungen und Verfügungen den Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren. Ob die Verfügung auf das Vollstreckungsgesuch abschlagend oder gewährend lante, kann hier keinen Unterschied machen, so wenig als eine mitten im Vollstreckungsverfahren vorkommende richterliche Verfügung, wodurch der Bitte (Einsprache) um Einstellung jeder Vollstreckung Statt gegeben wird, z. B. in einem Falle des §. 959. 2, aufhört, eine richterliche Verfügung im oder beim Vollstreckungsverfahren zu sein.

Es ist aber auch gar keine Nothwendigkeit vorhanden, die einleitenden Maaßregeln vom Bereiche der Vollstreckungshandlungen auszuschließen und andere Grundsätze der Behandlung für sie aufzusuchen; denn wird die nachgesuchte Vollstreckung, wie in dem mitgetheilten Rechtsstreit erkannt, so befindet sich der Schuldner, der sich dadurch für beschwert hält, in demselben Falle wie dem Obigen zufolge derjenige, zu dessen Nachtheil ein Einhaltsbefehl erlassen wird, und Jeder, gegen den ein unbedingter Befehl ergeht: ihm steht die Einsprache offen, §. 718, wie denn diese im allegirten Falle auch ergriffen wurde. Wird aber die Vollstreckung abgeschlagen, oder die schon erkannte Vollstreckung wieder aufgehoben, so ist der Fall des §. 719 (Art. 8 der Novelle) und des §. 1172 vorhanden; es finden die gewöhnlichen Rechtsmittel Statt, gerade ebenso, wie nach §. 965 bei Verwerfung eines Einhaltsgesuchs.

Zentner.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

In der Universitäts-Buchhandlung von Adolph Emmerling in Freiburg erscheint binnen 14 Tagen:

Vorträge
über
das französische und badische Civilrecht
von
Dr. **Anton Stabel,**
Großherzoglich badischem Hofrath und ordentlichem Professor der Rechte in Freiburg.
Erstes Heft. 13 Bogen. Preis fl. 1. 12 kr. broschirt.

Auch unter dem Titel:

Vorträge
über die
Einleitung des badischen Landrechts
(Titre préliminaire).
Preis fl. 1. 12 kr. broschirt.

Wir verweisen im Weiteren auf die Vorrede des Hrn. Verfassers und bemerken nur, daß dieses erste Heft, als ein für sich bestehendes Ganze, auch einzeln zu dem Preise von fl. 1. 12 kr. abgegeben wird.

Freibnrg im Breisgau.

die Verlagshandlung
Adolph Emmerling.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro 20. | Karlsruhe den 20. Mai 1843.

I.

1) Unter welchen Voraussetzungen haben uneheliche Kinder ein aus dem Civilrechte entspringendes Recht auf Ernährung?

2) Gegen welche Personen kann dieses Recht in Anspruch genommen werden?

3) Worin besteht die Ernährungspflicht?

4) Wer hat das uneheliche Kind bei Verfolgung jenes Rechtes zu vertreten?

5) Bei welchen Staatsbehörden sind die Entscheidungen zu suchen?

Nach dem gemeinen deutschen Rechte ist Unzucht jeder Art eine strafbare, somit auch eine rechtswidrige Handlung, unterliegt öffentlicher Strafe und begründet Ansprüche auf Entschädigung.

Die Unterscheidungen des römischen Rechts in dieser Lehre sind von der Praxis nicht angenommen, sondern es ist lediglich der Gesichtspunkt des Vergehens festgehalten worden *).

Namentlich haben es sich die Partikularrechte zur Aufgabe gemacht, Bestimmungen in diesem Sinne aufzustellen, und darunter verdient für uns das baden-durlachische Landrecht vorzügliche Aufmerksamkeit, weil es auf unser jetzt bestehendes Recht vorzüglichen Einfluß geübt hat.

Was nämlich die Strafe betrifft, so sind die Bestimmungen in §. 62 des VIII. Organisationsedikts vom 4. April 1803, die Strafgerechtigkeitspflege betreffend, des Strafediktes, im Ganzen entlehnt aus Th. III. Tit. 8 §. 3, Th. VII. Tit. 31—33 jenes Landrechtes und mehreren nachgefolgten Verordnungen, insbesondere aus einer Verordnung vom 15. Dezember 1781, und bestehen dermalen noch in Wirksamkeit mit wenigen hieher nicht bezüglichen Ausnahmen (Verordnung vom 16. Februar 1813. Regierungsblatt Nr. 6 S. 29). Das gewöhnliche Beweismittel war der Reinigungseid, welcher aber durch ein baden-durlachisches Edikt vom 9. Oktober 1762 §. 5 **) sehr beschränkt und durch die badische Eidesordnung vom 24. Mai 1802 §. 12 in allen Strafsachen aufgehoben worden ist, Strafedikt §. 12.

Als civilrechtliche Folge gestattete das baden-durlachische Landrecht Th. III. Tit. 8 §. 4 der Weibsperson eine Klage auf Ehelichung oder auf Entschädigung wegen Defloration und Kindbettkosten. Gegenstand dieser Klage war auch die Alimentation des Kindes, und ist es immer geblieben, nachdem in den übrigen Beziehungen die Gesetzgebung mehrfache Schwankungen erlitten hatte ***). Die jüngste badische Verordnung in dieser Lehre vom 5. August 1791 ****) setzte hierüber Folgendes fest:

„Zu Verhütung des Kindermords soll

a) alsdann, wann zwischen der constatirten Zeit des Beischlafs und der Niederkunft der Dirne nicht über eilf und nicht unter sechs Monaten verflossen sind, der Beischläfer zum Vater des Kindes erklärt werden, wann auch gleich zwischen ihm und der Dirne wegen

*) v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 3te Aufl. §. 384.

**) Gerstlacher, Sammlung aller baden-durlachischen das Kirchen- und Schulwesen ꝛc. betreffenden Anstalten und Verordnungen. Band I. S. 128.

***) Alphabet. Auszug Th. I. sub voce: Aemter §. 4 litt. i. §. 5 litt. e. Unzucht §. 2. Unzucht mit Hofbedienten §. 1. Unzucht mit Soldaten §. 3. 6.

****) Alphabet. Auszug Th. II. sub voce: Unzucht §. 12.

Digitized by Google

der eigentlichen Zeit der Schwängerung Widerspruch vorwaltete,

b) wann mehrere Mannspersonen sich mit einer Dirne vergangen hätten, und die Vaterschaft ungewiß wäre, ein jeder überwiesene Beischläfer nach Mehrzahl der Personen zu den Alimenten, Kindbettkosten und Bastardfall beitragen, anbei auch, wann ein oder der andere seinen Beitrag zu rechter Zeit nicht entrichten könnte, der oder die andere für denselben die Bezahlung ohne weiteres leisten, und jeder für alle haften,

c) wann ein Bastard, wegen Abmangel anderer Hülfsquellen aus den öffentlichen Kassen verpflegt werden müßte, und keiner des Beischlafs, jedoch immer einer oder mehrere eines binnen obigem Zeitraum mit der Geschwängerten gepflogenen verdächtigen Zuwandels zu nächtlicher Zeit oder sonst auf eine verbotene Weise überführt worden wären, der oder dieselbe einen Drittheil des durch die Ernährung des Kinds dem Staat zugehenden Kosten tragen,

d) der Betrag der Vaterschaftslasten von derjenigen Obrigkeit, welche die Paternität in erstet Instanz zu entscheiden hat, und zwar die Alimentationsgelder bis zur Mündigkeit des Bastards, nicht unter fünfzehn und nicht über 48 Kreuzer wöchentlich, der Bastardfall nicht unter acht und nicht über fünfzig Gulden und die Kindbettkosten nicht unter fünf und nicht über fünfzehn Gulden, und zwar nach folgenden Grundsätzen bestimmt werden, daß

α. der geringste Betrag nur alsdann, wann der Schwängerer von dem ihm angefallenen, obschon noch von jemand anderm benutzt werdenden Vermögen und von seinem Verdienste nicht mehr leisten könnte, angesetzt,

β. ein höherer Betrag nach dem Vermögen und der Verdienstfähigkeit des Schwängerers sowohl, als der Geschwängerten, auch nach derselben Stand und den davon abhangenden Erziehungskosten bestimmt,

γ. ohne actenmäßige Nothwendigkeitsgründe, weniger als der mittlere Betrag obiger Summe nicht angesetzt werde,

e) zwar die Erkenntniß über die Vaterschaft und die Schuldigkeit zu Tragung der Vaterschaftslasten überhaupt, niemals aber die geschehene Bestimmung des Betrags derselben in Rechtskraft übergehen, oder im Rechtsweg angefochten werden können, sondern beiden Theilen frei stehen, außer dem Rechtsweg bei der Fürstlichen Regierung eine den Verhältnissen angemessene Bestimmung des Betrags nachzusuchen, wo es alsdann bei der darauf ergehenden Verfügung sein Bewenden behalten soll."

Als Beweismittel über diese Civilpunkte fand sowohl der Haupteid als ein Notheid statt.

Nach der damaligen Gerichtsverfassung stand jedoch das Erkenntniß über den Straf- und über den Civilpunkt in der Regel dem nämlichen Richter zu, und es schlich sich allmählig der Mißbrauch ein, daß der Richter die Civilfolge für die Hauptsache ansah, und die Strafe als Nebensache behandelte. Der Gesetzgeber fand sich deßhalb veranlaßt, gegen diese Verkehrtheit einzuschreiten, und in §. 12 der Eidesordnung Folgendes einzuschärfen:

„So weit aber ein Civilpunkt, als z. E. Schadensersatz, Paternität ꝛc. in Frage kommt, mag erst nach geendigter Strafsache darüber vom Civilrichter erkannt werden, der dann hier so gut auf Reinigungs- als Ergänzungseide in Bezug auf diesen Civilpunkt sprechen kann, welches jedoch nachmals auf den Strafpunkt nicht zurückwirken darf, so daß, wenn auch derjenige, der im Strafpunkt von der Instanz entbunden worden wäre, im Civilpunkt den Reinigungseid ausschläge, somit die Civilfolgen des Vergehens auf sich nähme, daraus gegen ihn nie eine Inzicht zu neuer Untersuchung, noch weniger gar ein Beweis des Verbrechens soll entnommen werden dürfen, damit hierunter die Gewissenhaftigkeit in Ablegung solcher Eide, und mit ihr die Erfüllung der Civilverbindlichkeit, ohne wesentlichen Nutzen nicht erschwert werde."

Endlich wurde durch §. 14 der Eheordnung vom 15. Juli 1807 die Unwirksamkeit aller Eheversprechen ausgesprochen, nachdem schon in der Hofraths-Instruktion vom 28. Juli 1794 §. 42 ein starker Zwang zum Vollzug der Eheverlöbnisse für unanwendbar erklärt worden war; es konnte deßhalb eine außerehelich Geschwängerte auch nicht mehr auf Ehelichung oder Entschädigung wegen Defloration klagen.

Unmittelbar vor Einführung des neuen Landrechtes gestattete demnach das badische Recht einer außerehelich geschwängerten Weibsperson eine Klage gegen den Schwängerer auf Bezahlung der Kindbettkosten, auf Ali-

Digitized by Google

mentation des Kindes und Entrichtung des Baſtardfalles.

Auf andern Grundſätzen beruht das franzöſiſche Recht.

Hier iſt die gemeine Unzucht weder polizeilich noch gerichtlich ſtrafbar. Civilrechtliche Anſprüche entſpringen nur für das unehelich erzeugte Kind und nur in ſehr beſchränktem Maaße.

Der Geſetzgeber glaubte, vorerſt dem Gewiſſen der Betheiligten überlaſſen zu müſſen, wie ſie die Folgen der Unzucht ordnen wollten, und bot denſelben in der Anerkennung ein Mittel, neben einzelnen Pflichten ehelicher Eltern auch einen Theil ihrer Rechte zu erwerben. Laſſen ſich die Betheiligten zur Anerkennung nicht herbei, ſo hat das Kind die Befugniß, gegen ſeine Mutter die Kindſchaft gerichtlich zu verfolgen, Code civ. art. 341, und es tritt, falls es obſiegt, in daſſelbe Rechtsverhältniß, als wenn es von ſeiner Mutter anerkannt wäre.

Die Nachfrage aber, wer Vater eines unehelichen Kindes ſei, iſt verboten, und davon gilt (nach dem Wortlaute des Geſetzes) blos die Ausnahme, daß der Entführer für den Vater des Kindes der Entführten erklärt werden kann, Code civ. art. 340. Dann aber iſt das Kind abermals demjenigen gleich zu achten, welches freiwillig anerkannt worden iſt, ſo daß ihm (nach der günſtigeren Meinung der Ausleger *) ſogar ein Recht auf den Nachlaß ſeines Vaters zukommt.

Dagegen iſt Ehebruch und Blutſchande ein Verbrechen, welches Strafe nach ſich zieht. Das ſo erzeugte — ehewidrige — Kind kann weder von dem Vater noch von der Mutter anerkannt werden, hat gegen Keines derſelben die Kindſchaftsanſprache, ſondern nur das Recht auf Ernährung, Code civ. art. 335. 342. 762.

Ueberall aber, wo das Recht und die Pflicht zur Ernährung beſteht, wird der Unterhalt nach den Beſtimmungen bemeſſen, welche für die ehelichen Kinder in den Art. 208—211 aufgeſtellt ſind.

Bei der Einführung des franzöſiſchen Rechtes im Großherzogthum Baden verſuchte der Geſetzgeber das Syſtem des ältern badiſchen Rechts in dieſer Lehre mit jenem des franzöſiſchen zu verſchmelzen.

Die Strafbeſtimmungen gegen Unzucht wurden beibehalten; die Fälle wurden vermehrt, in welchen eine Mannsperſon vor dem Civilrichter zum Vater eines Kindes erklärt werden kann, Landrechtſatz 340 a, und die Rechte der gegen ihren Vater für anerkannt erklärten natürlichen Kinder jenen der ehewidrigen gleichgeſtellt, Landrechtſatz 762 a.

Endlich verfügte das I. Einführungsedikt X. . . . . „wohingegen

„3) wegen ihrer Ernährung es nicht nur bei denen, die nach dem alten Fuß durch richterliche Vaterſchaftserklärung in den Beſitz einer Unterhaltsbeziehung gekommen ſind, ſondern auch wegen jener, welche nach eingetretener Verbindlichkeit des Landrechts, durch eine demſelben gemäß erhobene Verſchuldung einer Mannsperſon, welche Beziehung hat auf das Daſein ſolcher Kinder, deren Vaterſchaft bürgerlich ungewiß geblieben iſt, in den Fall kommen, Unterhalt, auch ohne anerkannt zu ſein, fordern zu können, es in Abſicht der Beſtimmung dieſes Unterhalts nach demjenigen zu halten iſt, was deßfalls in Unſerer gedachten Verordnung vom 5. Auguſt 1791 beſtimmt iſt, und hiermit auf alle Unſere Lande, ſo viel dieſen Punkt betrifft, erſtreckt wird, nur daß nicht mehr die Regierung, ſondern lediglich die Gerichte, über das Ermeſſen des Betrags zu urtheilen haben, wogegen

4) die Anſetzung eines Baſtardfalls und einer Entſchädigung für Kindbettkoſten von gedachtem 1. Juli an eben ſo, als

5) Unſer Fiskaliſches Erbrecht an unehelichen Kindern . . . . . wegfällt“ . . . .

In Vergleichung mit dem franzöſiſchen Rechte beſtehen hienach für das badiſche namentlich folgende Eigenthümlichkeiten:

1) Unzucht jeder Art iſt ein ſtrafbares Vergehen;

2) die gerichtlich für anerkannt erklärten Kinder ſind im Verhältniſſe zu ihrem Vater nicht den freiwillig anerkannten gleich, ſondern nur den ehewidrigen in Ehebruch oder Blutſchande erzeugten, Kindern **);

3) die Bemeſſung des Unterhalts der gegen ihren Vater gerichtlich für anerkannt erklärten und der ehewidrigen Kinder geſchieht nicht nach den Landrechtſätzen

*) Lanckhard, Rechtsfälle. Band IV. S. 361.

**) Die Gleichſtellung der für anerkannt erklärten natürlichen Kinder mit den ehewidrigen iſt in Bezug auf Erbrechte (wohl mit Unrecht) beſtritten, v. Hohnhorſt Jahrb. Band III. S. 174.

Digitized by Google

208—211, sondern nach der badischen Verordnung vom 5. August 1791.

Die Rechte der unehelichen Kinder sind also nach dem Landrechte noch mehr beschränkt, als nach dem Code civil, und wenn gegen diesen der Vorwurf gegründet ist, daß seine Bestimmungen der Gerechtigkeit widersprechen, so gilt dieß noch in größerem Maaße von dem Landrechte, welches außerdem deutsche Sitte und Denkweise empfindlich verletzt hat. — Doch kehren wir zu den aufgestellten Fragen zurück.

Das uneheliche Kind ist ein Mensch, hat also das allgemeine Recht auf Ernährung; in dem Civilrechte ist aber diese Befugniß nur begründet, wenn solche Kinder entweder freiwillig anerkannt, oder gerichtlich für anerkannt erklärt oder endlich in Ehebruch oder Blutschande erzeugt sind.

Dieses Recht ist den ehewidrigen Kindern ausdrücklich eingeräumt in Landrechtsatz 762, und eben so in Landrechtssatz 762 a den nicht anerkannten Kindern aus unehelichem Beischlaf, wo dieser ohne Nachfrage nach der Vaterschaft oder auf erlaubte Nachfrage bekannt wird. Der letzte Satz spricht indessen in Vergleichung mit Landrechtssatz 340 und 340 a nur von gerichtlich erzwungener Anerkennung gegen den natürlichen Vater, und es ist daher bezweifelt worden, ob das gleiche Recht auch den Kindern zukomme, welche von Vater oder Mutter freiwillig anerkannt oder gegen die Mutter für anerkannt erklärt worden sind. Die französischen Ausleger besahen diese Frage mit Hinweisung auf Code civ. art. 762 argumento a minori ad majus, welches Argument in Baden durch den Landrechtsatz 762 a noch verstärkt wird *).

Die weitere Frage, welchen Personen die Ernährungspflicht obliege, erhält für die Mehrheit der Fälle ihre Entscheidung durch den Grundsatz, daß Jeder die Folgen seines Vergehens zu tragen hat, Landrechtsatz 1382. 1383. Danach haben in der Regel beide Eltern diese Verbindlichkeit; denn die Zeugung des Kindes ist die Folge ihres gemeinschaftlichen Vergehens.

In welchem Verhältnisse haben sie zur Ernährung beizutragen? Sie sind in der Regel sammtverbindlich; sie haben mindestens unbestimmt die Zeugung beabsichtigt, und somit als Thäter zu dem eingetretenen Erfolge vorsätzlich zusammengewirkt, Landrechtsatz 1382 d. Jeder Elterntheil kann also in den geeigneten Fällen auf das Ganze belangt werden; keiner kann die Einrede der Theilung entgegensetzen, und die Einklagung wider den Einen hindert nicht die gleiche Einklagung gegen den Andern, Landrechtsatz 1203. 1204. Um so mehr ist hier, wenn gleich nicht in anderer Beziehung, der Einwand unerheblich, daß der andere Elterntheil hinreichendes Vermögen besitze. Endlich kann der Elterntheil, welcher den Unterhalt gereicht hat, von dem Andern nicht Ersatz verlangen auf den Grund einer Geschäftsführung, weil er eine eigene Verbindlichkeit erfüllt hat.

Ausnahmsweise wird jedoch gegen die natürliche Mutter eine Sammtverbindlichkeit nicht bestehen, wenn sie entführt, genothzüchtigt oder zum Zwecke des Beischlafes außer Stand des freien Sinnengebrauchs gesetzt worden ist. Wohl aber ist sie auch hier zur Ernährung ihres Kindes verpflichtet, theils auf den Grund einer natürlichen Verbindlichkeit, Landrechtsatz 349, theils weil Landrechtsatz 341 diese Fälle nicht ausgenommen hat.

Die Eltern des natürlichen Vaters oder der natürlichen Mutter sind zur Ernährung des natürlichen Kindes der beiden Letztern nicht verbunden. Denn ein Vergehen erzeugt nur Verbindlichkeiten für die Thäter, nicht für dritte unbetheiligte Personen. Ohne allen rechtlichen Werth ist demnach der Umstand, ob die Eltern des natürlichen Vaters oder der Mutter Vermögen haben oder nicht, schon deßwegen, weil bei Lebzeiten der Eltern ihre Kinder keinen Anspruch auf deren Vermögen haben. Dagegen werden jene Eltern zur Ernährung verpflichtet seyn, wann sie den natürlichen Vater oder die Mutter beerbt haben.

Sind mehrere Mannspersonen gegen eine bestimmte Weibsperson in einem Verhältnisse, daß nach Landrechtssätze 340. 340 a. eine Klage Statt hat, so werden die Erstern für die Ernährung des unehelichen Kindes ebenfalls sammtverbindlich haften. Denn haben sie in verbrecherischer Verbindung zusammengewirkt, so fallen sie unter den Landrechtsatz 1382 d; außerdem dürfte es unlogisch seyn, die gesetzliche Vermuthung der angeführten gesetzlichen Vorschriften deßwegen nicht zur Anwendung zu bringen, weil solche auf Mehrere paßt. Namentlich wird es im wirklichen Leben wenig Bedenken erregen,

*) Brauer, Erläuterung Band I. S. 241.

Digitized by Google

weil die Frage, ob eine Mannsperson zum Vater zu erklären sei, im Allgemeinen dem Ermessen des Richters überlassen ist.

Schwieriger ist eine andere Frage, ob eine Mannsperson oder mehrere Mannspersonen, gegen welche die Voraussetzungen der Landrechtssätze 340. 340 a. nicht vollständig gegeben sind, nicht zur theilweisen Ernährung dann angehalten werden können, wenn dieselben überführt sind eines zur Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß mit der Geschwängerten gepflogenen verdächtigen Umwandels zu nächtlicher Zeit oder sonst auf verbotene Weise. Die Verordnung vom 5. August 1791 bejaht die Frage, ihrem Wortlaute nach aber nur für den Fall, „wann ein Bastard wegen Abmangel anderer Hülfsquellen aus den öffentlichen Kassen verpflegt werden müßte," und man kann also zweifeln, ob dieß Folgerung aus einem allgemeinen Grundsatze, oder eine singuläre Bestimmung sei. Das Letzte hat der Bearbeiter unseres Landrechtes (Brauer, Erläut. Bd. I. S. 246) und nach ihm das Großherzogl. Justizministerium in den Verordnungen vom 10. Juni 1809 (Regbl. Nr. 27. S. 249) und vom 27. Juni 1812 (Regierungsblatt Nr. 12. S. 117) angenommen. Das Erstere dürfte richtiger seyn, wie schon Trefurt (System des bad. Civilrechts S. 408) angedeutet hat.

Hat nämlich eine Weibsperson außer der Ehe mit mehreren Mannspersonen zu thun gehabt, und ist die Folge des Umganges ein Kind, so ist dieses eine dritte Person, welche durch die unrechte That Mehrerer beschädigt ist dadurch, daß es unter diesen Umständen ins Leben gerufen wurde. Dasselbe hat deßhalb ein Recht auf Entschädigung, Landrechtssatz 1382 b und 1382 c, und zwar gegen die einzelne Mannsperson, welche die Erzeugung herbeiführte. Ist aber dieser Eine Thäter, wie hier ungewiß, soll darum das Kind sein Recht auf Schadenersatz einbüßen? Dieß wäre nur gerecht, wenn jene Ungewißheit rein zufällig wäre, Landrechtssatz 1148. Allein jede der Mannspersonen konnte sich die Möglichkeit vorstellen, daß ein Kind erzeugt werde, und daß die Weibsperson auch andern mit gleicher Gefälligkeit sich hingeben werde. Die Ungewißheit ist also immer verschuldet, und daraus entspringt die Verbindlichkeit für die Mannspersonen zum theilweisen Schadenersatz, wie ein schuldhafter Weise begangenes Verbrechen geringer bestraft wird, als wenn es vorsätzlich verübt wäre *).

Dieß wird auch bestätigt durch den Grund des Gesetzes, ausgesprochen in den Worten des I. Einführungsedikts.

„ . . . durch eine . . . . Verschuldung einer Mannsperson, welche Beziehung hat auf das Daseyn solcher Kinder, deren Vaterschaft bürgerlich ungewiß geblieben ist" . . . . .

und daran haben die obengenannten beiden Verordnungen des großherzoglichen Justizministeriums vom 10. Juni 1809 und 27. Juni 1812 als rein doktrinelle Belehrungen nichts ändern können. Vielmehr wäre es unjuristisch, dem unehelichen Kinde weniger Rechte einzuräumen, als den öffentlichen Kassen, welche ihm den Unterhalt reichen.

Im Allgemeinen will man die Zulässigkeit der Klage eines natürlichen Kindes gegen seinen Vater wegen Ernährung auf den Fall beschränken, wo das Kind aus öffentlichen Kassen erhalten wird, d. i. wo die Mutter hiezu unvermögend ist, eine Voraussetzung, die eben so sehr den entwickelten Rechtsgrundsätzen, als der bestehenden Gesetzgebung widerstreitet.

Die Bestimmungen, daß Stiftungen, Gemeinden und zuletzt der Staatsbeutel vermögenslose uneheliche Kinder zu ernähren haben, sind nicht bürgerlichen, sondern öffentlichen Rechtes, somit von den Civilrechten durchaus unabhängig, Landrechtsatz 7. Es kann deßhalb aus dem Umstande, daß ein natürliches Kind auf öffentliche Kassen verwiesen ist, nicht abgeleitet werden, daß ihm die Civilrechte entzogen sind, welche einen Ernährungsanspruch gegen einen Privatmann gestatten.

Dieß ist in der Verordnung vom 5. August 1791 nicht ausgesprochen, und konnte durch die Verordnungen vom 10. Juni 1809 und 27. Juni 1812 nicht hineingelegt werden. Vielmehr hat eine Rechtsbelehrung vom 16. Januar

*) Eine treffende Analogie bietet der Schlußsatz in Artikel 148 der P. G. O. Alle bei einem Verbrechen zusammenwirkenden Personen, wenn sie nicht in einer verbrecherischen Verbindung sind, sollen, wenn der Thäter nicht zu ermitteln ist, als Gehülfen bestraft werden; eine Bestimmung, welche nicht auf den Fall der Tödtung zu beschränken, sondern ihrer logischen Allgemeinheit wegen auch auf andere Verbrechen, namentlich auf Verwundungen, anzuwenden ist. D. E.

Digitized by Google

1813 (Regierungsblatt Nr. 2 S. 5) mit Recht den umgekehrten Satz aufgestellt, daß die Gemeinden und der Fiskus, wo sie gegen den Schwängerer klagen, einzig die Rechte der Geschwängerten (eigentlich die Rechte ihres Kindes) ausüben.

Mit diesem öffentlichen Rechte von der Armenversorgung steht im Zusammenhang die Bestimmung der Verordnung vom 5. August 1791, daß die eines verdächtigen Zuwandels überwiesenen Mannspersonen die dem Staate zugehenden Ernährungskosten theilweise zu ersetzen haben. Und dieß war darum hervorzuheben, weil es abweicht von den sonstigen Regeln über Rückersatz von Unterstützungen, Regeln, welche aus dem älteren Rechte in das X. Org. Edikt vom 20. April 1803. VII. §. 50—53 übertragen wurden.

Hält man die Auslegungsregel fest, daß ein abänderndes Gesetz strenge zu interpretiren ist, so gelangen wir zu dem Ergebnisse, daß für ehewidrige und solche natürliche Kinder, deren Anerkennung gegen den Vater erzwungen worden ist, der Inhalt und Umfang der Ernährungspflicht geringer ist, als hinsichtlich derjenigen, welche von Mutter oder Vater freiwillig anerkannt oder gegen die Mutter für anerkannt erklärt worden sind.

Das I. Einführungsedikt X. und die Landrechtsätze 340 a. 762 a sprechen nämlich nach Wort und Geist nur von natürlichen Kindern, welche die Anerkennung gegen den Vater erzwingen können, und setzen das Recht derselben auf Ernährung dem der ehewidrigen Kinder gleich.

In Bezug auf die freiwillig anerkannten und auf diejenigen natürlichen Kinder, welchen eine von ihrer Mutter erzwungene Anerkennung zur Seite steht, wird es daher bei den Bestimmungen des rein französischen Rechtes sein Bewenden behalten; ihre Ansprüche sind nach den Landrechtsätzen 208—211 zu beurtheilen, und insbesondere nicht beschränkt auf ein gewisses höchstes Maaß des Beitrages und nicht auf ein bestimmtes Alter des Kindes.

Dagegen ist das Ernährungsrecht der ehewidrigen und der gegen ihren Vater für anerkannt erklärten Kinder nach der Verordnung vom 5. August 1791 zu bemessen, und dadurch in Vergleichung mit dem Landrechte bedeutend geschmälert. Der Unterhalt ist nur bis zur Mündigkeit des Kindes zu reichen, d. h. bis es das 14te Lebensjahr zurückgelegt hat, und der Beitrag beträgt mindestens 15 kr. und höchstens 48 kr. wöchentlich.

Indessen wird diese Beitragsbestimmung der Rechtskraft nicht in dem Sinne empfänglich sein, daß nicht in den geeigneten Fällen auf Erhöhung oder von der andern Seite auf Herabsetzung angetragen werden könnte. Dieß rechtfertigt theils die Analogie des Landrechtsatzes 209, theils die Verordnung vom 5. August 1791.

Eben so wird der verurtheilte Vater oder auch die Mutter unter den Voraussetzungen des Landrechtsatzes 210 und wenn sonst keine Hindernisse obwalten, verlangen dürfen, daß ihm oder ihr gestattet werde, das uneheliche Kind in seine oder ihre Wohnung aufzunehmen, es dort zu ernähren und zu verpflegen.

Endlich wird gestritten über den Zeitpunkt, wann der natürliche Vater seinen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen habe. Man behauptet, daß die Unterhaltspflicht nur eine Schuld der Verlassenschaft der natürlichen Eltern sei, somit die Kinder bei Lebzeiten der Eltern gegen diese auf Ernährung nicht klagen können, weil die Landrechtsätze 762 und 762 a in dem Titel von Erbschaften stehen.

Die französischen Gerichte fertigen diese Behauptung mit der Erwiederung ab, daß die Ernährungspflicht eine natürliche Verbindlichkeit sei, Landrechtsatz 349, und das bürgerliche Gesetzbuch dem Naturrechte in dieser Beziehung nicht widerstreite *). Den badischen Auslegern aber dürfte weiter zu entgegnen sein, daß die Pflicht zum Ersatze des durch ein Vergehen zugefügten Schadens mit dem Dasein des Schadens eintrete **).

Die Frage, wer ein uneheliches Kind vor Gericht zu vertreten habe, wenn im Wege Rechtens dessen Ernährung begehrt werden soll, und das Kind selbst sich zu vertreten unfähig ist, muß nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden.

Darnach erwirbt der Elterntheil, welcher das Kind freiwillig anerkannt hat, wenigstens nach der gewöhnlichen Meinung, die Vormundschaft über das Kind, folglich auch das Recht zur Vertretung desselben vor Gericht, wo der andere Elterntheil auf Ernährung belangt wird.

---

*) Lauckhard, Rechtsf. Band II. S. 262.

**) Brauer (Erläuterungen Band II. S. 175—179) schließt die anerkannten natürlichen Kinder von jener Klage bei Leben der Eltern nicht aus.

Digitized by Google

Das Gleiche gilt von der Mutter, gegen welche die Anerkennung gerichtlich erzwungen wurde.

Das Eine oder das Andere der Eltern erscheint dann als Vormund, muß deßhalb auch, wenn eine höhere Instanz beschritten werden soll, die obervormundschaftliche Ermächtigung einholen, welche nach dem Org. Rescripte vom 26. November 1809. Beilage D. §. 12. litt. h, nicht vom Amte, sondern von der Kreisregierung zu ertheilen ist.

Ist aber das Kind ein ehewidriges, so kann kein Elterntheil als Vormund auftreten, weil ihm aus seinem Verbrechen keinerlei Rechte, sondern nur Verbindlichkeiten erwachsen dürfen.

In gleicher Lage ist der Vater, gegen welchen die Anerkennung gerichtlich erzwungen wurde.

Es übrigt also in den letztern Fällen nur die Aufstellung eines Vormundes durch die Obrigkeit, welcher den Prozeß, geeigneten Falles unter Beiladung der Mutter arg. Landrechtssatz 318, für das Kind auszuführen hat.

Was aber die Stiftungen, Gemeinden und den Fiskus anbelangt, wenn sie die aufgewendeten Verpflegungskosten von dem Schwängerer theilweise beibringen wollen, so gilt hier durchaus nichts Eigenthümliches.

Die letzte der aufgestellten Fragen ist in den bestehenden Gesetzen genau beantwortet. Das Erkenntniß über die Schuldigkeit zur Ernährung ist ein gerichtliches, Obergerichtsordnung §. 92. 149. Verordnung vom 16. Januar 1813 (Reggierungsblatt Nr. 2. S. 5.); eben so ist es die Bestimmung des Beitrages in dem Sinne, daß solche von dem Amte als Richterstelle ausgeht, I. Einführungsedikt X. 3, Verordnung vom 10. Juni 1809. Nur ist das I. Einführungsedikt an der angeführten Stelle durch das Org. Rescript vom 26 November 1809. Beilage D. §. 8. litt. d einigermaßen abgeändert worden. Danach findet nämlich gegen die Bestimmung des Betrags nur eine Beschwerde Statt an die Kreisregierung, welche in letzter Instanz erkennt. Sonst tritt das Rechtsmittel der Appellation ein, und zwar mit abgekürzten Nothfristen, Prozeßordnung §. 673. Nr. 3. §. 1206.

Es ist daher ein Verstoß der Aemter, wenn sie in ihren Bescheiden die Bestimmung der Größe des Beitrags der Kreisregierung vorbehalten, und ein Fehler der Parteien, über diesen Punkt an die Gerichte zu appelliren.

Zur Genüge beweisen aber die bisherigen Ausführungen, daß unsere Gesetzgebung in dieser Lehre und folglich auch die Rechtsanwendung hinlänglich verwirrt ist, um baldiger Abhülfe zu bedürfen.

Anton Mayer.

II.

Ist die Bestimmung des Handelsrechtssatzes 51 auch auf Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen anwendbar?

Annalen X. Nr. 1. 30.

In Nr. 1 des zehnten Jahrganges dieser Zeitschrift sind die Gründe zu Entscheidungen des Hofgerichts zu Rastatt bekannt gemacht, wodurch im Widerstreit mit der bisherigen Gerichtspraxis obige Frage verneint wurde. Der hiegegen gerichtete Aufsatz in Nr. 30 enthält hauptsächlich nur Wiederholungen der schon früher vorgebrachten Gründe und keine Widerlegung der aus den Regeln der Auslegungskunst abgeleiteten Argumente. Es dürfte demnach eine nochmalige Besprechung obiger Frage in Bezug auf die Ausführung in Nr. 1 nicht überflüssig sein.

Die Bestimmung des Anhangsatzes 51 ist allerdings eine Ausnahme von der gemeinen in §. 1 der Proceßordnung ausgesprochenen Regel über die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte. Unbestritten und unbestreitbar ist auch der Auslegungsgrundsatz, daß eine Ausnahme von dem gemeinen Rechte schlechthin auf den Fall zu beschränken ist, von welchem sie ausdrücklich spricht.

Allein ebenso unbestritten und unbestreitbar ist die Interpretationsregel, daß man allgemeine Ausnahmsbestimmungen im vollen Wortverstande nehmen muß. l. 3. D. de constit. princ. (1. 4.) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts §. 15. Ebenso ausgemacht ist der hermeneutische Grundsatz, daß, wenn das Gesetz einer gewissen Verfügung keine Unterscheidung oder Einschränkung hinzugefügt hat, durch die Auslegung auch nicht die Allgemeinheit der Verfügung beschränkt werden darf. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts 4te Auflage §. 40.

Nun besagt S. 51:

Jeder Streit zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten muß durch Schiedsrichter entschieden werden.

Das Gesetz spricht also ganz allgemein und unterscheidet nicht, ob der Streit aus einer eigentlichen Handelsgesellschaft im Sinne des Satzes 19 und folgende oder aus einer bloßen Verbindung zu einzelnen Handelsunternehmungen seinen Ursprung herleitet. Es liegt sohin in dem Wortlaute des Satzes 51 kein Grund zu einer Beschränkung der Allgemeinheit der Verfügung. Ein solcher Grund liegt aber auch nicht außerhalb der erwähnten Gesetzesstelle. Denn nach den übrigen gesetzlichen Bestimmungen sind die Verbindungen zu Handelsunternehmungen auch zu den Handelsgesellschaften zu rechnen, wie in den Annalen III. Nr. 4 ausführlich entwickelt ist.

Zwar herrscht allerdings einige Verschiedenheit zwischen Handelsgesellschaften und Verbindungen zu Handelsunternehmungen. Vergl. S. 49. 50 mit 39, 41, 42. Deßhalb unterscheidet das Gesetz sehr vernünftig zwischen beiden Gattungen von Gesellschaften, obwohl solche in anderer Beziehung ganz ähnlich sind.

Digitized by Google

Wenn man auch gar kein Gewicht darauf legt, daß die sonst anerkannte Autorität der französischen Jurisprudenz in der Doktrin sowohl als in der Praxis sich für die bejahende Ansicht ausgesprochen hat (Pailliet und Thilo zu Art. 51), und wenn man auch eine Aenderung des Urtertes in der Redaktion des S. 51 findet, so gelangt man gleichwohl zu keinem von dem bisherigen Gerichtsgebrauch abweichenden Resultat.

Der Text unseres Anhangsatzes 51 weicht nämlich von dem Orginaltext des Art. 51 des Code de commerce nur darin ab, daß jener von Streitigkeiten der Handelsgesellschafter, dieser hingegen von Streitigkeiten der Gesellschafter spricht. In dieser Abweichung liegt jedoch nach dem dürren Wortlaute des Gesetzes keine weitere Beschränkung, als daß die Vorschrift des S. 51 einzig und allein auf Streitigkeiten der Handelsgesellschafter und nicht auch auf Streitigkeiten der Gesellschafter im privatrechtlichen Sinne Anwendung findet. Daß mit der Aenderung des Urtertes keine Abänderung und keine Beschränkung der gesetzlichen Bestimmung selbst bezweckt war, erhellet deutlich und klar aus der Ueberschrift im 3. Titel 2. Kapitel des Handelsrechts, welche lautet „von den Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern" so wie aus S. 55. 57. 62. 64, welche Stellen von Gesellschaftern und nicht von Handelsgesellschaftern sprechen.

Nach bekannten Auslegungsregeln soll nun eine einzelne Gesetzesstelle nicht aus ihrer Verbindung herausgerissen, und nicht für sich allein ausgelegt, sondern mit der ganzen Lehre des fraglichen Instituts und mit den übrigen gesetzlichen Bestimmungen in Uebereinstimmung gesetzt werden. Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere. l. 24. D. de legib. (1. 3.) Zachariä a. a. O. §. 40.

Nimmt man also die Vorschrift des S. 51 im ganzen Zusammenhange mit den übrigen handelsrechtlichen Normen über Handelsgesellschaften und Gesellschaften zu Handelsunternehmungen so wie über Streitigkeiten der Gesellschafter, so steht der Anwendung des S. 51 auf Verbindungen zu Handelsunternehmungen nichts im Wege, sondern ist vielmehr eine dergestaltete Auslegung im Einklange mit allen gesetzlichen Bestimmungen.

Bei so bewandten Umständen könnte dem S. 51 der von dem Hofgericht des Mittelrheinkreises gegebene Sinn nur alsdann unterstellt werden, wenn dargethan wäre, daß der Gesetzgeber den Urtext des S. 51 habe absichtlich ändern wollen. Dem ist aber nicht so. Denn Braner sagt in seinen Erläuterungen keine Sylbe davon, daß durch die Uebersetzung des S. 51 eine wesentliche Abänderung der Bestimmung in Art. 51 beabsichtiget war, während er, wo eine solche Absicht obwaltete, nicht unterließ, in seinen Erläuterungen dies ausdrücklich anzuführen. Die Aeußerung Brauer's in seinen Erläuterungen zu S. 51 ist somit nicht authentische Interpretation, sondern lediglich nur als eine Privatansicht zu betrachten, welche für den Richter ebensowenig bindend ist, als jede andere doktrinelle Auslegung. Deßhalb muß auch nach allgemein angenommenen Interpretationsregeln dem Grundtext der Vorzug gegeben werden vor der Uebersetzung, von welcher der Regel nach vermuthet wird, daß sie das Original nicht abändern will. Hohenhorst oberhofgerichtliche Jahrbücher 5ter Jahrgang S. 235, 236, 314. 316 — 7ter Jahrgang S. 27—30. 183.

Nach dem Grundtext ist die Bestimmung in S. 51 klar, wie uns die französische Jurisprudenz lehrt. Die erste bindende Regel gebietet nun, sich zuvörderst an den Wortlaut des Gesetzes zu halten. Sind die Worte des Gesetzes klar, so soll man ihm nicht einen von dem Wortverstande abweichenden Sinn zu Folge des Grundes der Verfügung unterlegen. Lassen jedoch die Worte mehr als eine Deutung zu, so soll man das Gesetz nach seinem Grunde auslegen. Zachariä a. a. O. §. 40. Findet man auch die Verfügung in S. 51 nach ihrem Wortlaute nicht klar sondern doppelsinnig, und wird auch das Gesetz nach seinem Grunde gedeutet, so gelangt man keineswegs auf einen von dem Wortverstande abweichenden Sinn. Der Grund, warum Streitigkeiten der Handelsgesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten durch Schiedsrichter entschieden werden sollen, liegt nicht darin, daß die schwerfälligen Gerichtsformen abgekürzt und durch Schiedsrichter die Entscheidungen schneller herbeigeführt werden müssen. Der Grund liegt vielmehr in der verwickelten viele Kunstkenntnisse erfordernden Lage solcher Streitigkeiten, die nur von Sachverständigen gehörig geleitet und beurtheilt werden können. Brauer, Erläuterungen 4. Band S. 399. 400. Dieser Grund waltet aber bei Streitigkeiten der Gesellschafter zu Handelsunternehmungen eben so gut ob, als bei Streitigkeiten der Handelsgesellschafter, weil einzelne Handelsunternehmungen so manche verwickelte in viele Kunstkenntnisse eingreifende Verhältnisse darbieten, als ganze Handelsgesellschaften.

Zu all diesem kommt noch, daß mehr Gesellschaften zu einzelnen Handelsunternehmungen bestehen als Handelsgesellschaften, daß somit natürlich mehr Streitigkeiten entstehen zwischen Gesellschaftern bei Handelsunternehmungen als zwischen Handelsgesellschaftern. Würde nun der S. 51 dergestalt ausgelegt, daß er nur auf den letzten Fall und nicht auch auf den ersten Fall sich beziehe, so würde das Gesetz auf die seltenern und nicht auf die häufigern Fälle Anwendung finden. Eine solche Auslegung stünde aber im Widerspruch mit dem hermeneutischen Grundsatz, welcher also lautet:

Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt. l. 5. D. de legib. (1. 3.)

Die Entscheidung des Hofgerichts zu Rastatt läßt sich somit nach den Regeln der Auslegungskunst in keiner Hinsicht rechtfertigen und es dürfte immerhin die obige Frage bejahende Ansicht den Vorzug verdienen.

Haager.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Druck und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 21. Karlsruhe den 27. Mai 1843.

I.

Zur Lehre von den Rechtsnachtheilen.

(Erwiederung auf die Redactionsnoten zu der Abhandlung in Nr. 47 des zehnten Jahrganges).

Die verehrliche Redaction hat meiner Abhandlung einige Glossen beigefügt, wofür ich ihr meinen Dank zolle. Ich erlaube mir indessen Folgendes zu entgegnen:

Zur 1. Glosse — S. 357. — Diese Glosse betrifft die Auslegung des §. 150. 152 der Prozeßordnung. Die Redaction entscheidet sich für die Ansicht, daß die Verurtheilung des Anwalts zum Schadens- und Kostenersatz nach §. 152 gleich wie die weitere Verurtheilung in eine Geldstrafe im Falle des §. 156 c. blos disciplinärer Natur sei, also, wenn gleich der Richter darüber beschließe, die processualische Vorschrift des §. 653 bei der Vorladung des Anwaltes zur Verhandlung nicht anwendbar scheine. Unverkennbar würden sich auf diese Weise die Bedenken über das dabei einzuhaltende Verfahren einfach und sachgemäß erledigen. Allein der Richtigkeit der Ansicht wird sich Folgendes entgegenhalten lassen:

1) Die Worte des §. 150. „Zu der Verhandlung hierüber wird der Anwalt oder Gewalthaber des widerrufenden Theils als Partei mit vorgeladen," sind so bestimmt unzweideutig auf eine Theilnahme des Anwaltes oder Gewalthabers an der Verhandlung als Partei gerichtet, das Gesetz gibt so klar zu erkennen, daß der Anwalt oder Gewalthaber in Bezug auf das Zwischenverfahren — in Bezug auf den Hauptstreit natürlich keineswegs — mit als Partei angesehen, und in dieser Eigenschaft vorgeladen werden soll, daß man jene Gesetzesstelle wahrlich ohne Willkühr und Zwang auf ein blos disciplinäres Verfahren (hinsichtlich der Person des Anwaltes oder Gewalthabers) nicht beziehen kann.

2) Wenn §. 152 sagt: „Das Gericht kann den Anwalt oder Gewalthaber, wenn ihn ein Verschulden trifft, in die Kosten und zum Ersatz alles beiden Theilen durch die fruchtlos werdenden Verhandlungen entstandenen Schadens entweder jetzt sogleich verurtheilen, oder nach Umständen das Erkenntniß hierüber bis zur Entscheidung der Hauptsache aussetzen", so kann dieser Ausspruch ganz gut und muß wohl nach dem Obigen so verstanden werden, daß die Verurtheilung des Anwaltes u. s. w. am Ende jenes Zwischenverfahrens oder nach Umständen des Hauptstreites den Fall voraussetzt, daß der Anwalt u. s. w. an der Verhandlung Theil genommen, und sich hiedurch sein Verschulden ergeben hat, während im entgegengesetzten Falle, beim Ausbleiben des Anwaltes u. s. w., die Entschädigungsansprüche an Letztern besonderem Austrag überlassen bleiben. Das Gesetz sagt ja nur: das Gericht kann, nicht es muß verurtheilen, und nach §. 151 wird der Widerruf zugelassen, wenn die angefochtenen Thatumstände erheblich sind, und der Anwalt oder Gewalthaber nicht die Vollmacht seiner Partei zu deren Vortrag oder seine in anderen Umständen liegende Berechtigung dazu nachweißt, mithin auch, und um so mehr, wenn der Anwalt oder Gewalthaber gar nicht erscheint.

3) Der Fall des §. 156 c, wo unzweifelhaft eine disciplinäre Einschreitung gegen den Anwalt (der sonstige Gewalthaber ist hier nicht genannt) Statt findet, ist wohl — abgesehen davon, daß das frühere Gesetz nur mit großer Behutsamkeit durch Bestimmungen eines späteren Gesetzes erklärt werden mag — von dem Falle des §. 149 folg., um den es sich hier handelt, wesentlich

Digitized by Google

verschieden, denn im ersteren, nicht aber auch im letzteren Falle, kommt eine wahre Dienstvernachlässigung, eine eigentliche Versäumung der Anwaltspflicht durch gänzliche Unterlassung der ihm rechtzeitig aufgetragenen Rechtshandlung in Frage. In diesem ersteren Falle ist eine disciplinärische Einschreitung weit mehr am Platze, als wo es sich um eine Vollmachtsüberschreitung handelt.

Zur 2. Glosse — S. 359 — Hier dürfte ich, vielleicht durch meine Schuld, von der verehrlichen Redaction mißverstanden worden seyn. Ich habe hauptsächlich mit Rücksicht auf Prozeßordnung §. 580 gesprochen, indem ich darauf hinwieß, daß die Folge der Eidesverweigerung als eine schon im Landrecht begründete, unter Landrechtssatz 1 b fallende, der Partei, an welche die Auflage „bei Vermeidung der Folge der Eidesverweigerung" ergeht, nicht zugleich mit der Auflage noch näher specificirt zu werden braucht. Ich wollte andeuten, daß man nicht etwa die mir schon vorgekommene Formel gebrauchen solle: widrigenfalls der Eid für verweigert und das Gegentheil von u. s. w. oder das und das als wahr angenommen würde.

Im Falle des §. 580 ist das Urtheil noch nicht gegeben, und die Folge der Eidesverweigerung wird doch als ein bekannter Rechtsbegriff behandelt. Die Bemerkung der Redaction schlägt mithin nicht an.

Zur 3. Glosse — S. 360 — Beweisverfügung im Besitzproceß? — Ferne sei es von mir, die nun über ein Lustrum schon begrabene Streitfrage über die Folgen der unterlassenen Beweisantretung im abgekürzten Verfahren wieder an's Licht hervorzurufen. Die Leser dieser Blätter haben sie noch im Gedächtniß. Sanft ruhe ihre Asche! — Als bekannt darf ich indeß annehmen, daß es eine achtbare Partei von badischen Richtern gab, welche vor Erscheinen des Abänderungsgesetzes der Ansicht huldigten, daß die Erlassung einer Beweisverfügung mit kurzer Frist im abgekürzten Verfahren in den hiezu geeignet erscheinenden Fällen dem Buchstaben der Proceßordnung nicht zuwider, dem Geiste derselben aber weit angemessener sei, als die schneidende Strenge der Gegenansicht, welche die Gerechtigkeit vor das Haupt schlägt, da sie der Partei zumuthet, von selbst gleich anfangs zu finden, was in vielen Fällen der Richter sich selbst schwer klar macht. Das in der rechtsgelehrten Welt berühmteste Mitglied der damaligen Gesetzgebungscommission soll auf eine vertrauliche Anfrage jener milden Ansicht sich zugeneigt haben.

Aus dem Bericht der Commission der zweiten Kammer über das Abänderungsgesetz (Art. 6 des Entwurfes, 4tes Beilagenheft zu den Protocollen vom Jahr 1837 S. 279. 282) ist zu entnehmen, daß man das Gebot der gleichzeitigen Beweisantretung in voller Strenge nur für Einen Fall, für die in §. 673. Nr. 1 bezeichneten Nebensachen, nöthig fand, weil dort, damit die Hauptsache nicht aufgehalten werde, ein schleuniger Proceßgang unerläßlich nothwendig, die Beweisführung gewöhnlich einfacher, das Beweisthema bestimmt und die Beweislast nicht leicht zweifelhaft sei. Auf den Besitzproceß passen diese Gründe nicht, und man ist, zumal wenn man auf die Entstehungsgeschichte des nicht von der Gesetzgebungscommission und der Regierung, sondern von der zweiten Kammer der Landstände ausgegangenen §. 674 a zurückblickt, anzunehmen versucht, daß man des Besitzproceesses, welcher abweichend von den andern besonders (in eigenen Titeln) geregelten Arten des abgekürzten Verfahren's besonderer genügender Bestimmungen über die Nothwendigkeit alsbaldiger Beweisantretung entbehrt, zu gedenken vergaß.

Bei diesen Verhältnissen kann man wohl mit Fug so schließen: Der §. 742 der Proceßordnung sagt allgemein: „Die Besitzklagen sind in den Formen des abgekürzten Verfahren's zu verhandeln." Eine besondere Bestimmung hinsichtlich der Beweisantretung im Allgemeinen ist für das Besitzverfahren nicht gegeben; nur hinsichtlich der den Rechtsstand betreffenden zerstörlichen Einreden und der Erhebung des Zeugenbeweises sind besondere Vorschriften vorhanden §. 754. 756) man muß folglich auf die allgemeinen Bestimmungen über Beweisantretung im abgekürzten Verfahren zurückgreifen. Nun sind aber in §. 674 und 674 a zweierlei Bestimmungen gegeben, eine Bestimmung für den Fall des §. 673 Nr. 1 (für Nebensachen) und eine andere Bestimmung für die Fälle des §. 673 Nr. 2 bis 6. Ein ausdrücklicher Ausschluß des Besitzproceesses von der milden Vorschrift des §. 674 a ist nirgend aufzuweisen und nach dem angeführten Commissionsbericht auch ein Ausschluß des Besitzproceesses nicht beabsichtigt worden. Man hat also die Wahl, welche von beiden Bestimmungen man gemäß §. 742 im Besitzverfahren anwenden will. Da es aber

Digitized by Google

kaum zu bezweifeln ist, daß die für die Fälle des §. 673 Nr. 2—6 gegebene Bestimmung weit mehr als die für Nebensachen geltende dem Besitzverfahren angemessen ist, so wird sich der Richter für die Anwendbarkeit der ersteren Bestimmung zu entscheiden haben.

Wollte man aber auch dieses Ergebniß nicht gelten lassen, so müßte man doch allermindestens zugeben, daß es hinsichtlich des Besitzprocesses beim Alten geblieben ist, der Richter daher nicht gehindert ist, seiner Ueberzeugung gemäß der milderen, nach Obigem gar wohl zu vertheidigenden Ansicht zu folgen, mithin in dringenden Fällen eine Beweisverfügung zu erlassen.

Zur vierten Glosse — S. 363. — Diese Glosse ist mehr kurz als deutlich. Sie besteht in einem einfachen Fragzeichen. Ich hätte gewünscht, die verehrliche Redaktion hätte sich etwas näher darüber ausgesprochen, ob sich jenes Denkzeichen des Zweifels auf meine Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Proceßhandlungen überhaupt oder auf den angeführten Begriff des Ungehorsams im weiteren und engeren Sinne bezieht.

Meine Ansicht hinsichtlich der ersterwähnten Unterscheidung ist in der Abhandlung selbst deutlich dargelegt und auf Gründe gestützt. Beifügen hätte ich noch können, daß sich die Unterscheidung auch hinsichtlich des directen Gegenbeweises bewährt. Der directe Gegenbeweis ist nicht wie der Beweis der Klage, Einrede, Replik u. s. w. eine wesentliche Proceßhandlung, er ist dem Gegner des Beweispflichtigen blos freigegeben. Es erscheint daher ganz angemessen, daß das Gesetz dessen Auflage nicht vorschreibt, und die Praxis sie nicht für nöthig findet. (Vergl. hingegen Annalen 1842 Nr. 12 S. 82 folg.)

Gilt das Fragzeichen dem von mir angeführten Begriff von Ungehorsam im weiteren und engeren Sinn, so darf ich mich darauf berufen, daß diese Unterscheidung von Mittermaier in seinen Vorträgen über Civilproceß aufgestellt wird, auch der Sache nach bei andern Rechtslehrern sich vorfindet.

Vergl. Reinhard Handbuch des Proceßes §. 281 Note 1 und die dort angeführten Ansichten anderer Rechtslehrer.

Ich erkenne übrigens an, daß der Ausdruck Ungehorsam im weiteren Sinn insofern unpassend ist, als der eigentlich gar nicht ungehorsam zu nennen ist, der etwas unterläßt, was zu unterlassen ihm proceßrechtlich ganz frei steht. Insoweit schließe ich mich dem Fragzeichen an.

Eduard Brauer.

II.

Aphorismen
aus dem Gebiete des gerichtlichen Strafverfahrens.

Seit Emanirung des provisorischen Normativs vom 4. April 1803, welches in diesem Augenblicke sein vierzigstes Dienstjahr zurückgelegt und daher gegründeten Anspruch auf baldige Zuruhesetzung hat, wurde allmälig durch Gesetze, Verordnungen, Rechtsbelehrungen, Erläuterungen, Reglementsreskripte ꝛc. so vieles geändert und ergänzt, daß man sich das wirklich Geltende, ohne übersichtliche Zusammenstellungen, kaum vergegenwärtigen kann. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, dürften die nachfolgenden Aphorismen nicht ganz werthlos sein.

§. 1. Zuständigkeit der Aemter.

1. Als Untersuchungsgerichte.

Die Aemter sind verpflichtet, alle in ihren Bezirken von nicht gefreiten Personen [1]) verübten Vergehen und Verbrechen zu untersuchen. Strafedikt §. 1 und 6. [2]). Eine Ausnahme von der amtspflichtigen Verfolgung machen jedoch: 1) gemeine Unzuchten. Annalen von 1835 Nr. 29 S. 174 und von 1837 Nr. 12 S. 72 — 2) Ehebruchsfälle. Erläuterung Nr. 59 zum §. 61 des Strafedikts. Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Baden §. 309. 3) Nothzuchten. P. G. O. Art. 119. [3]). Entwurf §. 299. 4) Familiendiebstähle. P. G. O. Art. 165. Entwurf §. 352. 5) Entführungen. P. G. O. Art. 118. Entwurf §. 304. [4]). 6) Leichte Körperverletzungen. Annalen von 1840 Nr. 35 S. 211. [5]). 7) Preßvergehen und Preßverbrechen. Pr. G.

---

1) Ueber die gefreiten Personen s. Annalen von 1842 Nr. 48 S. 367. D. E.

2) Vergl. Annalen von 1842 Nr. 51 S. 393. D. E.

3) Abegg, Strafrecht S. 386 und 390. D. E.

4) Abegg a. a. O. S. 383. D. E.

5) Vergl. auch Annalen von 1835 Nr. 19 S. 111 und von 1837 Nr. 50 S. 297. D. E.

Digitized by Google

§. 33. 8) Uebertretung preßpolizeilicher Vorschriften. Vollzugsverordnung vom 13. Februar 1832. (Regierungsblatt Nr. 9 S. 136). Art. 18. — 9) Umgehung des Einholens der Druckerlaubniß bei Schriften unter 20 Bogen oder Uebertretung des Druckverbots. Vollzugsverordnung vom 28. Juli 1832 (Regierungsblatt Nr. 42 S. 372) Art. 5 und Verordnung vom 4. April 1834 (Regierungsblatt Nr. 15 S. 131). 10) Ehrenkränkungen und Verläumdungen. E. G. §. 12.

In diesen Ausnahmsfällen hängt das Einschreiten der Untersuchungsgerichte von der Anzeige oder Anklage der hiezu berechtigten oder verpflichteten Personen ab.

II. Als urtheilende Gerichte.

Zur untergerichtlichen Aburtheilung eignen sich ausschließlich: 1) kleine erste und zweite nicht qualifizirte Diebstähle. Strafedikt §. 4. lit. e. 2) Leichte Körperverletzungen, ibid. lit. g. 3) erste und zweite Unzuchten. ibid. lit. c. und §. 62. Verordnung vom 10. Juni 1809 (Regierungsblatt Nr. 27), desgl. vom 27. Juni 1812 (Regierungsblatt Nr. 21), desgl. vom 16. Februar 1813 (Regierungsblatt Nr. 6). 4) Erste Ehebruchsfälle. Strafedikt §. 4 lit. d. und §. 61. [1]). Verordnung vom 23. November 1811 (Regierungsblatt Nr. 35). 5) Urkundenverfälschungen von der im §. 4 lit. b. und §. 48 lit. e. des Strafedikts gedachten Artikel. 6) Uebertretung preßpolizeilicher Vorschriften. Pr. G. §. 3. 6. 7. 9. 10 und 17. 7) Umgehung der Censur oder Uebertretung des Druckverbots. Verordnung vom 4. April 1834 (Regierungsblatt Nr. 15 S. 131) [2]). 8) Theilnahme an verbotenen Vereinen oder Mitwirkung dazu durch Ankündigung in öffentlichen Blättern. Gesetz vom 26. Oktober 1833 (Regierungsblatt Nr. 38). 9) Theilnahme an verbotenen Volksversammlungen oder Aufforderung dazu. Gesetz vom 15. November 1833 (Regierungsblatt Nr. 44) [3]). 10) Steuer- und Zollvergehen, welche (außer der Confiscation der Waaren) mit einer festbestimmten Geld- oder Gefängnißstrafe bedroht sind [4]). Strafedikt §. 4 lit. a. Verordnung vom 30. Juni 1810 (Regierungsblatt Nr. 29). Rechtsbelehrung vom 21. August 1813. Absatz I. Nr. 2 (Regierungsblatt Nr. 26). Blätter für Justiz ꝛc. II. Jahrgang S. 394. — Wird von den Aemtern wegen solcher Vergehen gegen außerhalb ihres Bezirks ansäßige Individuen auf Geldstrafen erkannt, so muß nebst dem im Urtheil oder Erlasse ausgesprochen werden, daß, und in welchem Maaße die Geldstrafe, falls die von den Steuer- oder Zollbehörden angeordnete Execution ohne Erfolg bleiben sollte, in Gefängnißstrafe zu verwandeln, resp. zu vollziehen sei. J. M. R. vom 23. Februar 1838. Auch wenn sich die Zahlungsunfähigkeit eines zu Geldstrafe verurtheilten Amtsuntergebenen herausstellt, hat das Untergericht, welches die Geldstrafe erkannte, jedenfalls die Verwandlung derselben in eine Gefängnißstrafe zu verfügen. J. M. R. vom 22. Dezember 1837. Nicht minder sind die von den Finanzbehörden erkannten Geldstrafen, sobald sich deren Unbeibringlichkeit erweißt, von dem Untergericht des Wohnorts eines Verurtheilten in Gefängnißstrafe zu verwandeln. J. M. R. vom 7. Dezember 1838. Annalen von 1843 Nr. 1. IV.

§. 2. Zweifelhaftigkeit der Competenz.

Bald zur amtlichen, bald zur hofgerichtlichen Aburtheilung sind geeignet: 1) Unterschlagungen und Betrügereien [1]). Strafedikt §. 4. lit. §. 81 und 82. — 2) Qualifizirte Diebstähle von der in den §§. 83—89 des Strafedikts gedachten Art. [2]). 3) Ei-

---

1) Hier können die Aemter ausnahmsweise 2 Monate öffentlicher Arbeit oder bürgerlichen Gefängnisses bei schmaler Kost erkennen. D. E.

2) Vergl. auch Annalen von 1842 Nr. 41 und 42. D. E.

3) In diesen Fällen kann von den Aemtern als maximum eine achtwöchentliche Gefängnißstrafe erkannt werden. Eine allgemeine Ausdehnung der amtlichen Strafcompetenz auf dieses Maaß dürfte sehr zweckmäßig sein D. E.

4) Eine peinliche Strafe ist auf derartige Vergehen in den bestehenden Gesetzen nirgends gedroht, wie in den Annalen von 1842 Nr. 43. S. 330 unterstellt wird. D. E.

1) Da die Praxis in Ermanglung eines gesetzlich bestimmten Maaßes der Strafe die Unterschlagungen um ein Drittel und die Betrügereien um ein Viertel geringer als Diebstähle von gleichem Betrag, jedoch immer nur bürgerlich, zu bestrafen pflegt, so ist blos darum, weil der Schaden in dem einen oder andern Fall die Summe des großen Diebstahls (über 12 fl.) erreicht oder übersteigt, die hofgerichtliche Competenz noch nicht begründet. D. E.

2) Es kommt hiebei lediglich darauf an, wie hoch nach amtlichem Ermessen die im §. 73 lit. des Strafedikts vergl. mit Nr. 69 der

Digitized by Google

gennützige Verfälschungen von Privaturkunden [3]). Strafedikt §. 48 lit. d. 4) Rachsüchtige Beschädigungen [4]). Strafedikt §. 70 vergl. mit §. 48 lit. f. — 5) Diebstähle mit Erschwerungen, Erläuterung Nr. 71 zum §. 74 des Strafedikts [5]). 6) Ehrenkränkungen und Verläumdungen. Gesetz vom 28. Dezember 1831. §. 14 (Regierungsblatt von 1832 Nr. 3 S. 43). Instructivverordnung vom 17. Februar 1832 §. 2 (Regierungsblatt Nr. 10 S. 141) [6]). 7) Widersetzlichkeiten gegen die öffentliche Gewalt. Gesetz vom 28. Dezember 1831 (Regierungsblatt von 1832 Nr. 4 S. 55) [7]). Dahin gehören unter anderen: a) thätliche Mißhandlungen der Accisbeamten oder gewaltsame Widersetzlichkeiten gegen dieselben. Accisordnung vom 4. Januar 1812 §. 108. b) thätliche Widersetzlichkeiten gegen einen Gendarmen, oder Mißhandlungen eines solchen; dann gewaltthätige Verhinderung desselben in Erfüllung seiner Dienstpflicht. Gendarmerie-Gesetz vom 31. Dezember 1831 §. 35 (Regierungsblatt von 1832 Nr. 3 S. 52). c) Drohungen oder thätlicher Widerstand gegen einen in der Ausübung seines Dienstes begriffenen Waldhüter. Forstgesetz vom 15. November 1833 §. 149 (Regierungsblatt von 1834 Nr. 2 S. 28). d) Widersetzlichkeiten gegen einen zur Wahrnehmung des Zollinteresses verpflichteten Beamten bei rechtmäßiger Ausübung seines Amtes. Zollstrafgesetz vom 3. August 1837 §. 41 (Regierungsblatt Nr. 30 S. 290). 8) Steuer- und Zollvergehen, auf welche eine bürgerliche Freiheitsstrafe von relativ unbestimmter Dauer, deren minimum nicht schon über vier Wochen geht, gedroht ist [8]). Annalen von 1842 Nr. 43 S. 330.

Die hofgerichtliche Strafcompetenz fängt nämlich erst da an, wo die amtliche aufhört. Organ. Edikt vom 26. November 1809 §. 14 (Regierungsblatt Nr. 49 S. 397). Sobald daher das betreffende Untergericht in einem der vorbemerkten Fälle die Ansicht hegt, daß auf mehr als vierwöchentliche Gefängnißstrafe zu erkennen sei, so hat es sich für incompetent zu erklären, und die Gründe dafür in die Acten oder in den Bericht, womit dieselben an das vorgesetzte Hofgericht eingesendet werden, nieder zu legen.

Erläuterungen gedrohte Grundstrafe im concreten Fall gegeiffen und ob durch Hinzuschlagung der Quart, beziehungsweise der Hälfte das Maaß von vier Wochen bürgerlichen Gefängnisses überschritten werden müßte oder nicht? Vergl. hiezu Jahrbücher N. F. VII. Jahrgang S. 52 ꝛc. Annalen von 1842 Nr. 22. III. und Nr. 49. III. D. E.

3) Weil sie nach den Regeln des gemeinen Diebstahls bestraft werden. D. E.

4) Indem sie je nach Beschaffenheit des Falles strenger als der Diebstahl von gleichem Betrag und selbst mit besonderer Schärfung zu bestrafen sind. D. E.

5) Es ist zwar auch schon die Ansicht geltend gemacht worden, daß nur das Hofgericht zu beurtheilen habe, ob im gegebenen Fall das Erbrechen oder Einsteigen den gesetzlich vorbehaltenen Gewaltsgrad darstelle oder blos als Erschwerungsgrund wirke? Eine feste Praxis besteht jedoch hierüber nicht; im Gegentheil bemerkt man, daß die Aemter nicht selten dergleichen Diebstähle selbst aburtheilen, indem sie ermessen, daß die Grundstrafe mit dem für die Aggravation zu dictirenden Zusatz nicht über vier Wochen hinausgeht. D. E.

6) Manche Untergerichte senden die Acten schon darum zur Entscheidung an das Hofgericht ein, weil der Kläger auf mehr als vierwöchentliches Gefängniß angetragen hat; allein diese Ansicht ist irrig, da nicht sowohl der klägersche Antrag als vielmehr das richterliche Ermessen den Ausschlag geben muß. D. E.

7) Dies ist namentlich auch in einem Rescript des großherzoglichen Justizministeriums vom 3 April 1832 Nr. 1984 ausgesprochen. D. E.

8) Wenn das Strafedikt im §. 4 lit. a nur jene Unterschleife, auf welche Zuchthausstrafe gesetzt ist, der amtlichen Strafcompetenz entzieht, so muß dagegen bemerkt werden, daß dergleichen Vergehen nicht mehr mit Zuchthaus bedroht sind. Es bleibt daher nur so viel richtig, daß die Aemter alle festbestimmten Geld- und bürgerlichen Gefängnißstrafen, selbst wenn sie das Maaß von vier Wochen übersteigen, zu erkennen haben, vorausgesetzt jedoch, daß der Angeschuldigte in Fällen, welche den Finanzbehörden überwiesen sind, die Untersuchung und Aburtheilung in gerichtlichem Wege verlangt hat. Gesetz vom 22 Juni 1837. Art. 1—4 (Regierungsblatt Nr. 20). Aber auch selbst in jenen Fällen, welche den Gerichten vorbehalten sind, schreiten die Aemter nur ein auf Requisition oder Anzeige der Finanzbehörden, welche den Thatbestand vorläufig festzustellen haben. Vollzugsverordnung (die Zollvergehen betreffend) vom 4. April 1838 Art. 7. 28. 33 und 34 (Regierungsblatt Nr. 16) und Vollzugsverordnung vom nämlichen Tage (die Steuervergehen betreffend) Art. 7. 26. 27 und 31 (Regierungsblatt Nr. 17). D. E.

Digitized by Google

§. 3. Zuständigkeit der Hofgerichte.

I. Als Aufsichtsbehörden.

Obgleich nach der Organisation von 1809 (Regierungsblatt S. 487) dem Justizministerium die Oberaufsicht über alle höhere und niedere Gerichte im Lande und über die Verwaltung der Streit- und Strafgerechtigkeitspflege durch dieselbe zusteht, so ist doch dadurch die unmittelbare Aufsicht der Hofgerichte über die Aemter (als Justizstellen) nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr in den nicht aufgehobenen §§. 4 und 250 der Obergerichtsordnung ausdrücklich sanctionirt. Dafür spricht auch der Besitzstand, welcher so alt ist wie die Hofgerichte selbst. Zur Handhabung dieser Aufsicht in Straffachen sind unter Anderem die Criminaltabellen und Voranzeigen eingeführt.

In Folge dieser hierarchischen Einrichtung und in Gemäßheit des §. 2 des Gesetzes vom 3. August 1837 findet Beschwerde gegen die Aemter bei den Hofgerichten statt: 1) wegen Entziehung der persönlichen Freiheit [1]); 2) wegen Beschlagnahme des Vermögens; 3) wegen Untersuchung von Privatpapieren — O. J. D. R. vom 6. Oktober 1824 Nr. 2823; — 4) wegen verzögerter oder verweigerter Justiz. Verordnung vom 22. Januar 1824 (Regierungsblatt Nr. 3); 5) wegen ungebührlicher Behandlung [2]), und 6) wegen verhängter Disciplinarstrafen [3]). Blätter für Justiz ꝛc. Band II. S. 396 ꝛc.

II. Als Untersuchungsgerichte.

Nur die peinlichen Untersuchungen gegen die Häupter standesherrlicher Familien müssen von den Hofgerichten selbst geführt werden. Die Untersuchungen gegen andere privilegirte Personen führt in der Regel ein Commissär, welchen das Hofgericht ernennt. Annalen von 1842. Nr. 48. K. Strafedikt §. 6.

III. Als erste Instanz.

Die Hofgerichte urtheilen in erster Instanz: A, über privilegirte Personen, mit Ausnahme der Standesherren in peinlichen Fällen; B, über die oben im §. 2 enumerirten Verbrechen und Vergehen, wenn sich die Aemter für incompetent erklären; C, über die a) durch das VIII. Organisationsedict, oder b) durch spätere Gesetze und Verordnungen zum hofgerichtlichen Erkenntniß verwiesenen Straffachen.

Zu den letzteren (lit. b.) gehören namentlich: 1) dritte Felddiebstähle [1]). Verordnung vom 24. Januar 1805. §. 6 (Regierungsblatt Nr. 6). 2) Dritte Jagdfrevel. Verordnung vom 4. Dezember 1823. §. 4 (Regierungsblatt Nr. 29). 3) Leichtsinnige und boshafte Zahlungsflüchtigkeit. H. R. S. 256 und 259. Verordnung vom 3. Februar 1810 (Regierungsblatt Nr. 7 S. 50). Annalen von 1840 Nr. 15 und von 1843 Nr. 1. [2]). 4) Entwendung, Verheimlichung und nicht sogleich obrigkeitlich angezeigte Erwerbung militärischer Armaturstücke durch Kauf oder Tausch. Verordnung vom 12. August 1812 (Regierungsblatt Nr. 25 S. 151) [3]). 5) Beihülfe zur Desertion. Verordnung vom 22. Februar und vom 29. November 1813 (Regierungsblatt Nr. 7 und 34) [4]).

---

1) In welchen Fällen persönliche Haft statt findet, darüber vergl. Annalen von 1842 Nr. 23. IV. D. E.

2) So hatte sich ein Inquisit bei dem unterrheinischen Hofgerichte beschwert, daß ihn der Untersuchungsrichter während des Verhörs ins Gesicht geschlagen habe. Die Zulässigkeit dieser Beschwerde wurde nicht im Mindesten bezweifelt und dem Beamten, welcher das pater peccavi aussprechen mußte, ein derber Verweis ertheilt. D. E.

3) Die sich ein Angeschuldigter z. B. durch Insubordination gegen den Untersuchungsrichter oder durch beleidigende Ausfälle und Thätlichkeiten gegen Zeugen bei Confrontationen u. s. w. zuzieht. D. E.

1) Ueber die Bestrafung der ersten und zweiten Garten- oder Felddiebstähle siehe Annalen von 1843 Nr. 1. IV. D. E.

2) In der Untersuchung gegen Handelsmann W. Heller von Rappenau, wegen boshafter Zahlungsflüchtigkeit, hat das Oberhofgericht durch Urtheil vom 30. Dezember 1842 neuerdings auf Arbeitshaus erkannt, indem es die strafrechtlichen Grundsätze vom gemeinen Betrug zur Anwendung brachte und darnach die Strafe arbitrirte. Nach dieser Praxis besteht mithin zwischen der leichtsinnigen und boshaften Zahlungsflüchtigkeit hinsichtlich der Strafgattung kein Unterschied mehr. D. E.

3) Diese Verordnung, welche die benannten Vergehen ohne Unterschied mit einjähriger Zuchthausstrafe bedroht, dürfte in heutiger Friedenszeit als obsolet zu betrachten, sonach die Entwendung von Armaturstücken, wie ein anderer Diebstahl, dagegen die Verheimlichung, Ankaufung oder Einlauschung von dergleichen nur als ein Polizeidelict zu bestrafen sein. D. E.

4) J. U. S. gegen Caspar und Martin Rohr von Ketsch, wegen Beihilfe zur Desertion, wurde durch hofgerichtliches Urtheil vom 29. Juli 1842 statt einjähriger Correctionshausstrafe, welche in obiger Verordnung angedroht ist, nur eine

Digitized by Google

6) Refraction, Selbstverstümmelung und selbst bloßer Versuch, sich zum Militärdienst untauglich zu machen. Conscriptionsgesetz vom 14. Mai 1825. §. 58. 61 und 62 (Regierungsblatt Nr. 10) vergl. auch Gesetz vom 5. Oktober 1820 (Regierungsblatt Nr. 15 S. 86). 7) Preßverbrechen und Vergehen. Pr. G. §. 40 [5]). 8) Geheime Verbindungen der Studenten oder auch nur Versuche dergleichen zu gründen [6]). Verordnung vom 9. Oktober 1828 (Regierungsblatt Nr. 20). Academ. Gesetze von 1835. §. 48. 9) Duelle der Studirenden auf Pistolen oder auf den Stich oder mit krummen Säbeln, sie mögen wirklich vollzogen oder nur intentirt worden sein; desgleichen jene, welche eine Tödtung, gefährliche Verwundung oder einen bleibenden Schaden zur Folge hatten. Academ. Gesetze §. 44. [7]). 10) Qualifizirte Forstfrevel, welche daher von dem Erkenntnisse des Frevelgerichts auszusondern sind. Forstgesetz vom 15. November 1833 §. 168 und 169. 200 und 210 (Regierungsblatt von 1834 Nr. 2). 11) Zollvergehen unter erschwerenden Umständen. Zollstrafgesetz vom 3. August 1837. §. 30—40 (Regierungsblatt S. 279—292). 12) Majestäts-Beleidigungen. Da selbst eine durch die Presse (also mit Aggravation) verübte Majestätsbeleidigung nach §. 20 des Pr. G. nur mit Gefängniß bedroht ist, so werden jetzt sonstige Majestätsbeleidigungen auch nur bürgerlich bestraft. Die Aemter haben, sobald es außer Zweifel liegt, welche Aussagen oder Thatsachen den Gegenstand der Anschuldigung ausmachen, unmittelbar einen detaillirten Bericht an das Justizministerium zu erstatten (J. M. R. vom 3. März 1835 Nr. 1077), welches nach Befund entweder die Untersuchung niederschlägt oder das berichtende Amt beauftragt dieselbe fortzusetzen und die Acten dem Hofgericht zum Erkenntniß vorzulegen [8]).

IV. Als zweite Instanz.

In allen gerichtlichen Strafsachen finden zwei Instanzen statt. Gegen untergerichtliche Erkenntnisse geht der Recurs an die Hofgerichte. Gesetz vom 3. August 1837. §. 2. Hierher gehört auch die nach §. 86 des Pr. G. zulässige Appellation und die im §. 14 des Ehrenkränkungsgesetzes gestattete Berufung.

§. 4. Zuständigkeit des Oberhofgerichts.

I. Als erste Instanz.

In dieser Eigenschaft verhandelt und entscheidet das höchste Gericht des Landes die ständischen Anklagen gegen die Minister und Mitglieder der obersten Staatsbehörde. Gesetz vom 5. Oktober 1820. §. 7. [1]). (Regierungsblatt Nr. 15. S. 82.

II. Als zweite Instanz.

Im zweiten Rechtszug gelangen an den obersten Gerichtshof: 1) die Appellationen der Standesherren gegen austrägalgerichtliche Urtheile [2]). 2) Die Appellationen gegen hofgerichtliche Endurtheile über Preß-

---

bürgerliche Gefängnißstrafe von 14 Tagen erkannt, weil diese in Kriegszeiten ergangene Verordnung keine gesetzliche Kraft habe und mit der heutigen Strafe der Desertion selbst in keinem Verhältniß stehe. D. E.

5) Um in Preßsachen einen Verweis zu dictiren, muß sich der volle Rath versammeln, während in anderen Strafsachen ein aus fünf Votanten bestehender Senat auf Zuchthaus bis zu 10 Jahren erkennen kann! D. E.

6) Das provisorische Gesetz vom 14. Mai 1833 (Regierungsblatt Nr. 10) über die Verbindungen von Schwärmern ist niemals zum Vollzug gekommen und von den Ständen bis jetzt nicht genehmigt worden. D. E.

7) Obgleich das Gesetz sagt, daß derartige Duelle peinlich (im Gegensatz von disciplinärisch) bestraft werden sollen, so läßt doch die neuere Praxis blos bürgerliche Strafe, nämlich Gefängniß oder Arbeitshaus eintreten.

Alle intentirte oder vollzogene Duelle anderer Civilpersonen werden nach einer steten Uebung ebenfalls von den Hofgerichten abgeurtheilt. D. E.

8) Vergl. auch Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Baden §. 555 und 562. D. E.

1) Ueber das Verfahren selbst ist vorerst weiter nichts bestimmt, als daß der Anklageproceß statt finde, und daß der Gerichtshof diese Gegenstände im vollen Rathe vornehmen soll. D. E.

2) Vergl. Annalen von 1842 Nr. 48. Die Frage: ob auch dem Staatsanwalt die Anwesenheit bei dergleichen Entscheidungen und dann die Appellation dagegen gestattet sei? wird verneint werden müssen, weil ihm der §. 7 des Gesetzes vom 3. August 1837 nur die Anwohnung in den hofgerichtlichen Sitzungen zur Pflicht macht, und auch blos die Befugniß einräumt, gegen hofgerichtliche Urtheile zu recurriren, während in den Declarationen, wo von der Formirung der Austrägalgerichte und von den gegen ihre Urtheile statt findenden Rechtsmitteln die Rede ist, des Staatsanwalts überall nicht erwähnt wird. D. E.

Digitized by Google

verbrechen und Preßvergehen. Pr. G. §. 46 und 77. 3) Die Berufungen gegen erstinstanzliche Urtheile der Hofgerichte in Ehrenkränkungssachen. E. G. §. 14. — 4) Die Recurse gegen hofgerichtliche Urtheile erster Instanz in anderen Strafsachen. Gesetz vom 22. Juni 1837. Art. 8 (Regierungsblatt Nr. 20) und Gesetz vom 3. August 1837 §. 2 (Regierungsblatt Nr. 25) [3].

III. Als Cassationshof.

Nur gegen hofgerichtliche Urtheile zweiter Instanz findet Cassation statt, welche an das Oberhofgericht geht. Annalen von 1841. Nr. 34 S. 239. [4]. Ob auch gegen die Urtheile des Oberhofgerichts und zwar bei diesem obersten Gerichtshofe selbst Cassation zulässig sei, ist durch die Gesetze nicht ausdrücklich entschieden [5].

Außerdem steht dem Oberhofgericht die Befugniß zu, in den an dasselbe erwachsenen Sachen die nöthigen Vollzugsbefehle und andere geeignete Anordnungen zu erlassen. Verordnung vom 22. Januar 1824 (Regierungsblatt Nr. 3). Dagegen hat sich dasselbe hinsichtlich der Neben- und Zwischen-Punkte bei Fällen, welche in der Hauptsache nicht dorthin gelangen, jeglicher Cognition zu enthalten. Annalen von 1839 Nr. 23. Jahrbücher N. F. VII. Jahrgang S. 176.

Bayer.

---

3) Ueber die oberhofgerichtliche Competenz vor Einführung der zwei provisorischen Gesetze vom 18. Februar 1836 (Regierungsblatt Nr. 10) siehe Annalen von 1842 Nr. 36 S. 257.

D. E.

4) Die Cassationen, welche in der Verordnung vom 7. Dezember 1837 (Regierungsblatt Nr. 48) nicht besonders erwähnt werden, sind durch den §. 6 des Organ. Edicts vom 6. Mai 1807 (Regierungsblati Nr. 16) in Verbindung mit §. 17 Beil. tit. E zu der Organisation von 1809 (Regierungsblatt S. 467) dem vollen Rath des Oberhofgerichts zugewiesen.

D. E.

5) Doch rechtfertigt sich die Bejahung dieser Frage aus dem Geist des Edicts vom 28. März 1804 Abs. I. Nr. 2 (Regierungsblatt Nr. 15) deßhalb, weil in Ermangelung eines weiteren Rechtszuges die vom Oberhofgerichte selbst begangenen Nichtigkeiten auf anderem Wege, als jenem der Cassationsbeschwerde, gar nicht beseitigt werden können.

D. E

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos

In der Universitäts-Buchhandlung von Adolph Emmerling in Freiburg erscheint binnen 14 Tagen:

Vorträge
über
das französische und badische Civilrecht
von
Dr. **Anton Stabel,**
Großherzoglich badischem Hofrath und ordentlichem Professor der Rechte in Freiburg.
Erstes Heft. 13 Bogen. Preis fl. 1. 12 kr. broschirt.

Auch unter dem Titel:

Vorträge
über die
Einleitung des badischen Landrechts
(Titre préliminaire).
Preis fl. 1. 12 kr. broschirt.

Wir verweisen im Weiteren auf die Vorrede des Hrn. Verfassers und bemerken nur, daß dieses erste Heft, als ein für sich bestehendeo Ganze, auch einzeln zu dem Preise von fl. 1. 12 kr. abgegeben wird.

Freiburg im Breisgau.

die Verlagshandlung
Adolph Emmerling.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro 22. | Karlsruhe den 3. Juni 1843.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

1) Ausmittelung des Ablösungskapitals für die Faselviehlast.

2) Kann der Berechtigte, der in dem ersten gerichtlichen Verfahren eine bestimmte Summe verlangt hat, später den durch Schätzung ermittelten höhern Betrag ansprechen?

(Fiskus gegen die Gemeinde Ettenheim, Ablösung der Faselviehlast betreffend).

Der großherzogliche Fiskus hatte als Rechtsnachfolger der vormaligen Abtei Ettenheimmünster das Faselvieh der Stadt Ettenheim zu unterhalten. In dem wegen Ablösung eingeleiteten gerichtlichen Verfahren ward von beiden Partelen als richtig angenommen, daß der Fiskus in den Normaljahren bestimmte Güterstücke gegen 45 fl. Geld und die Verbindlichkeit, den Schweinfasel zu halten, in Pacht gegeben hat. Der Fiskus begehrte, daß das Ablösungskapital auf 600 fl. festgesetzt werde, indem er den früher bei Allodifikation der belasteten Grundstücke zwischen dem Fiskus und den Allodifikanten angenommenen Pachtwerth auf die in den unten folgenden Entscheidungsgründen angegebenen Weise zur Basis nahm. Dagegen stellte die Gemeinde Ettenheim eine andere Berechnnng des Pachtwerths auf und verlangte darauf gestützt die Summe von 1900 fl. als Ablösungskapital. Der Unterrichter ordnete aber die im §. 7 ff. des Ablösungsgesetzes vorgezeichnete Schätzung an. Diese Schätzung ergab die kapitalisirte Summe von 2,228 fl. 20 kr., die Gemeinde nahm sofort diesen Betrag in Anspruch und der Unterrichter erkannte ihr denselben zu. Dagegen führte dee Fiskus die Appellation aus. Er stellte die Beschwerden auf: 1) daß das Ablösungskapital nicht auf 1800, oder schlimmstenfalls 1900 fl. (auf welch letzteren Betrag der Anwalt der Gemeinde nur durch einen Rechnungsfehler von 100 fl. gekommen sei), festgesetzt worden; 2) daß der Unterrichter schlechthin eine Schätzung des Betrags der Last nach §. 7 ff. des Ablösungsgesetzes angeordnet, und nicht vielmehr dem §. 6 dieses Gesetzes gemäß den wirklichen Betrag der Last in den Normaljahren durch Taxirung des Ertrags der Nutznießung der Pächter und Abzng von 45 fl. per Jahr innerhalb der Schranken der beiderseitigen Anträge dem Erkenntniß zu Grund gelegt habe. — Um diese letztere Erhebung des durchschnittlichen Betrags der Last wurde gebeten und das Beschwerdebegehren dahin aufgestellt: das Ablösungskapital auf 600 fl., oder eventuell auf 1900 fl. festzusetzen.

Die appellatische Gemeinde behauptete, daß ihr der in erster Instanz ermittelte volle Schätzungswerth zu Theil werden müsse, da sie darauf nicht verzichtet habe, und an das durch ihren Anwalt in der ersten gerichtlichen Erklärung (Vernehmlassung) gestellte Begehren nicht gebunden sei, auch nach §. 11 des Ablösungsgesetzes der Richter die Entschädigungssumme, ohne an die vom Berechtigten geforderte oder vom Pflichtigen dargebotene Summe gebunden zu sein, zu bestimmen habe; die Ausmittelung des wahren Ertrags des Pachtguts aber nicht mehr möglich sei. Daran wurde die Bitte um Bestätigung des amtlichen Erkenntnisses geknüpft.

Der Gerichtshof ordnete auf die erste mündliche Verhandlung auf den Grund des §. 6 des Ablösungsgesetzes die Abschätzung des Pachtwerths in den Normaljahren nach dem Antrage des Appellanten an.

Digitized by Google

Nachdem diese durch Sachverständige in ordnungsmäßiger Weise bewirkt worden war, erließ der Gerichtshof auf weitere mündliche Verhandlung folgendes abändernde

Urtheil.

Wird auf gesetzlich gepflogene Appellationsverhandlungen zu Recht erkannt:

Der Bescheid des Bezirksamts Ettenheim vom 13. Dezember besagend:

„daß das Ablösungskapital für die dem Großherzoglichen Domänenärar bisher obgelegene Last der Unterhaltung eines Ebers auf 2228 fl. 20 kr. festzusetzen sei; Kosten trägt der klagende Fiskus",

sei dahin theils zu bestätigen, theils abzuändern, daß das an die beklagte Gemeinde zu bezahlende Ablösungskapital auf 1900 fl. festzusetzen sei, unter Kompensation der Kosten beider Instanzen.

Entscheidungsgründe.

J. E., 1) daß der klagende Fiskus gegen die Stadtgemeinde Ettenheim, die Ablösung des Schweinfasels gegen eine Ablösungssumme von 600 fl. in Anspruch nimmt, welche Summe Kläger auf den, bei Allodifikation der mit der Unterhaltungslast behafteten Grundstücke im Jahr 1818 angenommenen Pachtwerth in der Art stützt, daß er von dem ganzen Pachtwerthe von 53 fl. 30 kr. die neben der Unterhaltungslast noch zur Gegenleistung jährlich bezahlten 45 fl. abzieht und den Rest ad 8 fl. 30 kr. als Aequivalent der Unterhaltungslast freiwillig auf 30 fl. erhöht, welche Summe er dann nach dem Ablösungsgesetz vom 3. August 1837 im 20 fachen Betrage kapitalisirt;

J. E., 2) daß die beklagte Gemeinde dagegen jenen Pachtwerth von 53 fl. 30 kr. als hier maaßgebend nicht anerkennt, sondern auf den Grund einer von ihr aufgestellten Berechnung des wahren Pachtwerths in den letzten dem Ablösungsbegehren vorangegangenen 15 Jahren die Summe von 1900 fl. als Entschädigung anspricht;

J. E., 3) daß die beklagte Gemeinde nicht verbunden ist, den unter anderen Parteien und zu einem anderen Zweck angenommenen, der Klage zum Grund gelegten Pachtwerth als Maaßstab sich gefallen zu lassen, daß vielmehr nach §. 6 des angeführten Gesetzes die Entschädigung vorerst durch Rechnungen, Pachtkontrakte oder sonstige urkundliche Nachweisungen ermittelt und insofern solche nicht oder nicht vollständig vorhanden sind, der Mangel durch Schätzung ergänzt werden soll;

J. E., 4) daß hiernach im vorliegenden Fall zunächst der wahre Pachtwerth der Grundstücke von den letzten 15 Jahren durch Schätzung aufgesucht werden mußte, wie dies durch die diesseitige Anordnung vom 6. September geschehen ist;

J. E., 5) daß die Schätzung (des Pachtwerths) folgendes Ergebniß lieferte:

a) jährlicher Pachtwerth der Grundstücke im Limbach	60 fl.	3⁹/₁₀ kr.
b) jährlicher Pachtwerth der Grundstücke in der Wuhlhalle . . .	56 „	14³/₁₀ „
c) jährlicher Pachtwerth der Grundstücke in Heuberg	32 „	39⁹/₁₀ „
d) jährlicher Pachtwerth der Grundstücke Manshauert Wiesen . .	14 fl.	
Summe	162 fl.	57⁹/₁₀ kr.
davon ab	45 „	
Rest	117 fl.	57⁹/₁₀ kr.

und dies im 20fachen Betrag kapitalisirt, den Betrag von 2359 fl. 10³/₁₀ kr. als Ablösungskapital herausstellt;

J. E., 6) daß jedoch hievon der beklagten Gemeinde nur soviel als sie in der Vernehmlassung gebeten, nämlich 1900 fl. vom Richter zuerkannt werden darf, §§. 344, 348, 376 der Proceßordnung und deren späteres Verlangen, ihr eine höhere Summe zuzuerkennen, um so weniger berücksichtigt werden kann, als sie dieses Begehren noch ausdrücklich damit zu begründen suchte, daß sie jene niedrigere Summe nur auf den Fall angesprochen habe, daß man nach ihrem Verlangen die Entschädigung durch Erhebung der wirklichen Gegenleistung, d. h. des wahren Pachtwerths der Grundstücke, ermittle, und nicht nach der vom Unterrichter angeordneten gesetzlichen Schätzung (§. 8 des Ablösungsgesetzes), welch-ersteres nun in dieser Instanz auch wirklich geschehen ist;

J. E., 7) daß demnach der Unterrichter den Kläger insofern beschwert hat, als er zu seinem Nachtheil der beklagten Gemeinde mehr als sie begehrt, zuerkannte, daß jedoch die Beschwerde insofern nicht begründet ist, als Kläger die Entschädigungssumme auf 600 fl. herabgesetzt wissen will;

Digitized by Google

J. E., 8) daß zwar der von der Beklagten begehrten Summe (1900 fl.) eine irrige Berechnung zum Grunde liegt, und der Anwalt der Beklagten selbst in den späteren Vorträgen die Summe von 1900 fl. auf 1800 fl. herabsetzt, daß jedoch das erste Begehren als von der Partei ausgegangen angenommen werden muß, der Anwalt folglich ohne Spezialvollmacht (§. 142 der Prozeßordnung) die ursprüngliche Summe für seine Parthie bindend nicht theilweis aufgeben oder herabsetzen konnte, der Kläger selbst auch in der Appellationsbeschwerde in dem eventuellen Begehren ohne eine deßfallsige Beanstandung um Festsetzung des Ablösungskapitals auf 1900 fl. gebeten hat, §. 1165 der Prozeßordnung.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 170 der Prozeßordnung und des §. 14 des Ablösungsgesetzes w. d. Kosten mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Zentner.

II.

In welchen Fällen hat man sich auf den 30jährigen Nichtgebrauch zu berufen, um sich gegen den Anspruch einer Dienstbarkeit zu schützen? und wie verhält es sich dabei mit der Beweislast?

Landrechtssatz 706. 707. 2234. 2262.

In Nr. I. 5 des Beiblatts zu den Annalen von 1843 wird eine Entscheidung des französischen Cassationshofs mitgetheilt, wornach ausgesprochen wurde, daß der Confessorienkläger, welcher sein Recht auf eine Urkunde stützt, die älter als 30 Jahre ist, die Vermuthung gegen sich habe und deßhalb nur klagen könne, wenn er behaupte und beweise, daß er innerhalb der letzten 30 Jahre den Besitz wenigstens einmal auf den Grund des Titels geübt und dadurch die dem Rechte des Besitzers zur Seite stehende Vermuthung zerstört habe. Hiernach würde es also zur Klagebegründung gehören, daß man nicht allein den Erwerb des Rechtes anführt, sondern auch dessen Ausübung und Erhaltung behauptet, und die nothwendige Folge davon ist, daß der Kläger den Gebrauch und nicht der Beklagte den Nichtgebrauch der Dienstbarkeit zu beweisen hat. Eine ähnliche Ansicht hat das Großherzogliche Oberhofgericht, jedoch nur hinsichtlich der Beweislast, einer Entscheidung zu Grunde gelegt, die in den Jahrbüchern VI. pag 535 — 537 abgedruckt ist. Es dürften sich jedoch gegen diese Annahme nicht unerhebliche Bedenken vorbringen lassen. Conf. Annalen von 1842 Nr. 32 I. Denn

1) die Dienstgerechtigkeit wird durch die bloße Uebereinkunft erworben, ohne daß es des Hinzukommens der Besitzergreifung oder Ausübung bedürfte, Landrechtssatz 690 und 691, wer aber ein Recht erworben hat, der darf es auch geltend machen, und er hat in seiner Klage nach §. 247 der Proceßordnung nur die Thatsachen, auf welche sich seine Ansprüche gründen, also nur seinen Erwerbtitel anzuführen, und nicht auch, daß er das Recht bewahrt und daß und warum er es nicht wieder verloren habe. Sache des Beklagten ist es, zu begründen, daß dieses Recht verloren worden sei, weil der Kläger 30 Jahre keinen Gebrauch davon gemacht habe, und nur um diese Einrede zu zerstören muß alsdann der Kläger Besitzhandlungen für sich anführen, durch welche die Verjährung unterbrochen worden ist. Wenn man verlangen wollte, daß er es schon in der Klage thue, so würde man ihn nöthigen, Repliken zu anticipiren und von dem Gegner etwa noch vorzuschützende Einreden schon vorläufig zu beantworten; man würde damit aussprechen, daß durch den Nichtgebrauch die Dienstgerechtigkeit schon kraft Gesetzes verloren sei und daß die Einrede der Verjährung von Amtswegen berücksichtigt werden müsse. Dies ist aber nicht der Fall, wie es Landrechtsatz 2223 ausdrücklich ausspricht und so mag der Kläger ruhig abwarten, ob und wie die Einrede vorgeschützt wird, und dann seine Vertheidigung dagegen vorbringen. So wenig er, wenn er seine Klage auf eine 10jährige Erwerbsurkunde stützt, Besitzhandlungen anzuführen hat, so wenig braucht er es, wenn die seinen Anspruch begründende Urkunde 30 Jahre alt ist.

Ist die Anführung von Besitzhandlungen zur Begründung der Klage nicht erforderlich, so hat auch der Kläger den Beweis der Ausübung des Rechts nicht zu führen, denn nach Landrechtsatz 1315 und §. 400 der Prozeßordnung hat er nur das Dasein der Verbindlichkeit zu beweisen, der Beklagte dagegen muß „den Thatumstand beweisen, worauf die Erlöschung seiner Verbindlichkeit ruht". Nur zur Entkräftung der Einrede, oder zur Führung des Gegenbeweises muß der Kläger die Besitzhandlung nachweisen; hieraus folgt aber, daß seine Beweisführung nur dann Gegenstand rechtlicher Erörterung sein

Digitized by Google

kann, wenn der Beklagte den Nichtgebrauch bewiesen hat, und daß also, wenn der Beweis der Einrede mißlungen ist, es auf jenen der Replik nicht weiter ankommt.

2) Wenn man sich, wie dies von dem Cassationshof geschieht, darauf beruft, daß die Vermuthung für den Besitzer streite und also der Kläger, wenn er nicht im Besitze sei, die Vermuthung gegen sich habe, so ist dies offenbar zu weit gegangen. Aus dem Umstand, daß er nicht im Besitz ist, folgt lediglich, daß er nun die Vermuthung des Landrechtsatzes 2234 a, nämlich daß er von dem Datum der Urkunde bis in die neueste Zeit ununterbrochen das Recht ausgeübt habe, nicht für sich in Anspruch nehmen kann, und keineswegs, daß nun auch eine andere Vermuthung, deren das Gesetz nirgends erwähnt, gegen ihn streite: denn es giebt keine andere gesetzliche Vermuthungen, als die von dem Gesetz ausdrücklich genannten, Landrechtsatz 1350. Ebensowenig kann man zugeben, daß die Vermuthung für den Besitzer der Freiheit des Grundstücks spreche und insoferne gegen den Kläger. Denn die Urkunde beweist die Belastung, und das Freigewordensein, der Verlust des Rechts, darf aus dem einfachen Umstand, daß das Recht in der letzten Zeit nicht ausgeübt wurde, noch nicht geschlossen werden. Wer jetzt besitzt hat darum noch nicht die Vermuthung für sich, daß er 30 Jahre lang besessen habe, sondern nur wenn dargethan ist, daß er schon vor 30 Jahren in den Besitz der Freiheit gelangt ist, steht ihm die Vermuthung zur Seite, daß es auch in der Zwischenzeit so gewesen sei.

Wird das Recht ohne das Hinzukommen der Ausübung erworben und wirksam und steht dem Beklagten eine gesetzliche Vermuthung nicht zur Seite, so muß er nothwendig den 30jährigen Nichtgebrauch begründen und beweisen. Zur Begründung seiner Einrede genügt aber nicht die einfache Behauptung, es sei das Recht 30 Jahre lang nicht ausgeübt worden, wenigstens nicht bei den selbstständigen Dienstbarkeiten, denn bei diesen nimmt die Verjährung nach Landrechtsatz 707 erst von dem Tag ihren Anfang, wo eine mit der Dienstbarkeit im Widerspruch stehende Handlung vorgenommen worden ist. Wer den Verlust des Rechts durch Nichtgebrauch vorschützt, muß daher anführen, bei unständigen Dienstbarkeiten, daß und wann die Benutzung aufgehört habe, bei selbstständigen, daß und wann eine mit derselben im Widerspruch stehende Handlung vorgenommen worden sei, oder mit andern Worten, daß er vor 30 Jahren die Freiheit des Grundstücks von der Dienstbarkeit in Besitz genommen habe und seither darin geblieben sei. Diese nach Landrechtsatz 707 nothwendige thatsächliche Begründung seiner Einrede muß er beweisen, und nur wenn er den Anfang des Nichtgebrauchs bewiesen hat, spricht die gesetzliche Vermuthung des Landrechtsatzes 2234 für ihn und befreit ihn von dem weitern Beweis, daß auch in der Zwischenzeit das Recht nicht ausgeübt, die Freiheit des Grundstücks besessen worden sei.

Daß bei der Negatorienklage der, welcher den Verlust der Dienstbarkeit durch 30jährigen Nichtgebrauch behauptet, diesen begründen und beweisen müsse, ist nicht bestritten; bei der Confessorienklage ist aber das Verhältniß dasselbe, und der Unterschied besteht nur darin, daß bei der letztern der Beweispflichtige im Besitz der Freiheit ist und deßhalb, wenn er den Anfang dieses Besitzes nachgewiesen hat, durch die gesetzliche Vermuthung des Landrechtsatzes 2234 von der weitern Beweislast befreit wird, während bei der erstern der gegenwärtige Besitz ihm nicht zur Seite steht und er deßhalb außer dem Anfang des Nichtgebrauchs auch dessen 30jährige Dauer beweisen muß.

3) Beruft man sich auf Landrechtsatz 2263, um daraus herzuleiten, daß eine alte Urkunde keinen oder keinen vollen Beweis liefere, so ist dies nicht richtig. Wie schon in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern VI. pag 536 Note * auseinander gesetzt ist, beweist eine fehlerfreie Urkunde stets und zu allen Zeiten vollständig und es benimmt ihr der Ablauf der Zeit nichts an ihrem Werth. Weil aber der auf eine alte Urkunde gestützten Klage die Einrede der Verjährung entgegengehalten werden kann, gestattet Landrechtsatz 2263 dem Bezieher einer Rente das Recht nach Ablauf von 28 Jahren vom Tag der jüngsten Rechtsurkunde die Ausstellung einer neuen zu verlangen, um auf diese Weise die Einrede der Verjährung unmöglich zu machen und die Verbindlichkeit, deren Unterbrechung zu beweisen, beseitigen zu können. Landrechtsatz 2263 enthält eine singuläre Vorschrift, welche sich nicht ausdehnen läßt, sie betrifft nur den Bezug einer Rente, und wie man die Bestimmung des Landrechtsatzes 710 l. c., daß die den Bezug von Zinsen und Gülten verleihenden Rechtsurkunden durch 30jährigen Zeitverlauf ihre Beweiskraft verlieren nicht auf andere Urkunden anwenden darf, so kann man es auch nicht bei dem Fall des Landrechtsatzes 2263, der

Digitized by Google

jedoch von einem Nachtheil nichts enthält, ſondern vielmehr im Gegentheil ein Recht verleiht, wie dies ſchon in Nr. 32 der Annalen von 1842 ausgeführt iſt. Dieſer Satz dürfte aber aus dem weitern Grunde nicht anwendbar ſein, weil er ſich auf die allgemeine Klagen-Verjährung bezieht und nicht auf die Verjährung des Rechts ſelbſt durch den Nichtgebrauch und doch beide weſentlich von einander verſchieden ſind.

Bisher war davon die Rede, was zur Begründung der Einrede des Nichtgebrauchs gehöre und wer den Beweis zu liefern habe; es bleibt nur noch übrig, zu unterſuchen, wann dieſe Einrede vorzuſchützen ſei. Denn, wie ſo eben bemerkt wurde, kann jeder Klage, die ſich auf einen 30 Jahre alten Erwerbtitel gründet, die Einrede der Klagen-Verjährung entgegengehalten werden, und es kann alſo dieſe mit der Einrede des Nichtgebrauchs concurriren. Der große Unterſchied zwiſchen Beiden beſteht darin, daß bei der Klagen-Verjährung die Frage, ob und wie das Recht ſelbſt verloren gegangen iſt, gleichgültig bleibt, der Zeitablauf von dem Erwerb an iſt allein Gegenſtand der Beurtheilung, und der Beklagte hat daher nichts weiter anzuführen, als daß die Klage ſich darauf ſtütze, es ſei das Recht vor länger als 30 Jahren erworben worden, nach 30 Jahren könne aber ein auch ſonſt gültiges Recht nicht mehr klagend geltend gemacht werden. Der Grund dieſer Einrede ergiebt ſich aus dem Klagvortrag ſelbſt und ſo befindet ſich der Beklagte in der günſtigen Lage, nichts beweiſen zu müſſen, ſondern der Kläger muß, wenn er ſich gegen dieſe Einrede ſchützen will, die Unterbrechung der Verjährung behaupten und beweiſen. Wird dagegen der Klage die Einrede des 30 jährigen Nichtgebrauchs entgegengehalten, ſo handelt es ſich lediglich darum, ob und wie das erworbene Recht wieder verloren worden iſt. Wer ſich darauf beruft muß alſo, wie ſchon oben ausgeführt wurde, ſagen: ſchon vor 30 Jahren hat der Berechtigte aufgehört, von ſeinem Recht Gebrauch zu machen, beziehungsweiſe: vor 30 Jahren wurde eine mit dem Recht in Widerſpruch ſtehende Handlung vorgenommen und ſeither wurde daſſelbe nicht mehr ausgeübt. Weder der Grund noch die Thätigkeit dieſer Einrede ſind aus dem Klagvortrag zu entnehmen, ſie beruht auf ſelbſtſtändigen, damit nicht in Verbindung ſtehenden Behauptungen, welche deßhalb auch von dem Beklagten beſonders zu beweiſen ſind.

Die Verwechſelung dieſer beiden Einreden oder Verjährungs-Arten ſcheint allein die Frage über die Beweislaſt zu einer beſtrittenen gemacht zu haben, und die gehörige Unterſcheidung hebt jede Schwierigkeit. Prüft man nun die verſchiedenen Fälle, ſo findet man:

a) Wenn derjenige, welcher eine Dienſtgerechtigkeit in Anſpruch nimmt, gegenwärtig im Beſitz iſt, ſo wird es ihm nicht einfallen klagend aufzutreten, um mittelſt der Klage Das zu erlangen, was er bereits hat; es würde ihm auch jeder geſetzliche Klaggrund fehlen, und ſo wird immer der, welcher ihm das Recht entziehen und die Freiheit des Eigenthums von der Dienſtbarkeit anerlannt wiſſen will, die Rolle des Klägers übernehmen müſſen. Da ſomit der Beſitzer der Dienſtbarkeit nie klagen wird, ſo kann ihm auch nie die Klagenverjährung entgegengehalten werden, wenn er im Weg der Einrede ſein Recht geltend macht, ſondern es kann nur von dem Kläger behauptet werden, daß das Recht durch 30jährigen Nichtgebrauch wieder verloren worden ſei. Bei der Negatorienklage handelt es ſich alſo ſtets nur um den Nichtgebrauch und daß derſelbe bei dieſer Klage von dem bewieſen werden müſſe, welcher ſich darauf beruft, iſt nicht beſtritten.

b) Wenn der Berechtigte nur im Beſitz geſtört worden iſt, oder wenn ihm der Beſitz noch nicht ein Jahr lang entzogen iſt, ſo kann er durch eine Beſitzklage die Wiedereinſetzung in den Beſitz erwirken, ohne daß ihm weder die Klagenverjährung, noch der 30jährige Nichtgebrauch entgegengehalten werden könnte. Iſt er aber wieder in den Beſitz eingeſetzt, ſo kann ihm das Recht nur in Folge einer Negatorienklage entzogen werden, bei welcher dann nur der 30jährige Nichtgebrauch zur Sprache kommen kann, den der Belaſtete zu beweiſen hat.

c) Iſt der Berechtigte ſchon längere Zeit nicht mehr im Beſitz, oder unterliegt er im Beſitzproceß, ſo hat der Belaſtete nie Urſache klagend aufzutreten, und es wird deßhalb in dieſem Falle immer derjenige klagen, welcher die Dienſtgerechtigkeit verlangt. Stützt er dann ſeine Klage auf einen 30 Jahre alten Erwerbtitel, ſei es eine Urkunde oder bei Einführung des Landrechts resp. vor 30 Jahren ſchon vollendete Aktiv-Verjährung, ſo kann ſich der Beklagte immer durch die Einrede der Klagen-Verjährung ſchützen, ohne daß er nöthig hätte, ſich auf den 30jährigen Nichtgebrauch zu berufen. Bei der Confeſſorienklage wird alſo ſtets nur die Klagen-Verjährung

Digitized by Google

Gegenstand der Beurtheilung, und es hat, da dieſe keines Beweiſes bedarf, der Kläger immer die Replik der Unterbrechung zu beweiſen.

Wenigſtens wird es in der Regel ſo ſein, und nur da, wo der Erwerbtitel ſehr alt iſt und vor wenigen Jahren noch eine Beſitzhandlung ſtattfand, kann der Fall vorkommen, daß von der Klagenverjährung kein ſo wirkſamer Gebrauch gemacht werden kann, als von der Berufung auf den 30jährigen Nichtgebrauch. Dann kann es aber wieder keinem Zweifel unterliegen, daß der, welcher ſich auf den Nichtgebrauch beruft, thatſächlich begründen und beweiſen muß, daß in der Zwiſchenzeit von dem Erwerb bis zu der Beſitzhandlung die Dienſtbarkeit 30 Jahre lang nicht ausgeübt worden iſt. Denn der gegenwärtige Beſitz der Freiheit verhilft ihm nicht zu der geſetzlichen Vermuthung des Landrechtſatzes 2234, wenn eine Ausübung der Dienſtbarkeit in der Mitte liegt, und er muß deßhalb nothwendig den Anfang und die 30jährige Dauer des Nichtgebrauchs beweiſen.

Aus dem Bisherigen ergiebt ſich, daß da, wo Beſitz und Titel übereinſtimmen, immer der Belaſtete den Verluſt des Rechts durch 30jährigen Nichtgebrauch begründen und beweiſen muß und der Berechtigte nur um den Gegenbeweis zu liefern, einzelne Beſitzhandlungen darzuthun braucht; daß dagegen da, wo der Titel nicht von dem Beſitz begleitet iſt, die Einrede der Klagen-Verjährung dem Berechtigten hinreichenden Schutz gewährt und es auf den Nichtgebrauch gar nicht ankommt.

Es wird jedoch der Confeſſorienklage von dem Belaſteten nicht immer die Klagen-Verjährung entgegengehalten, ſondern in der Regel ſchützt er die Einrede des 30jährigen Nichtgebrauchs vor, weil meiſtens in der Klage behauptet wird, es ſei das Recht bis in die neuſte Zeit ausgeübt worden, oder dergl.; es fragt ſich daher, ob die Sache dadurch eine Aenderung erleide? Man wird dies verneinen dürfen: denn der Richter hat mehr auf die vorgetragenen Thatſachen zu ſehen, als auf die Benennung der Einreden. Die in der Klage angeführten Beſitzhandlungen ſind irrelevant und als anticipirte Repliken nicht zu berückſichtigen; in der Einrede der Verjährung durch 30jährigen Nichtgebrauch liegt aber wohl als minus auch die Einrede der Klagen-Verjährung. — Will man dies nicht zugeben und ſieht man in dem Vorſchützen der Einrede des Nichtgebrauchs einrn Verzicht auf die Einrede der Klagenverjährung, ſo muß man conſequent auch annehmen, daß alsdann der Beklagte nach Vorſchrift das Landrechtſatzes 707 begründen und beweiſen muß, daß vor 30 Jahren die Ausübung unterblieben, beziehungsweiſe eine mit der Dienſtbarkeit im Wiederſpruch ſtehende Handlung vorgenommen worden ſei. Den Anfang des Nichtgebrauchs hat er nothwendig zu beweiſen, und nur inſofern iſt er in einer günſtigen Lage, als, wenn er dargethan hat, daß er vor 30 Jahren in den Beſitz der Freiheit gelangt iſt, ihm als gegenwärtigem Beſitzer die geſetzliche Vermuthung des Landrechtſatzes 2234, daß er auch in der Zwiſchenzeit im Beſitz der Freiheit des Grundſtücks geweſen ſei, zur Seite ſteht, und ihn von dem weitern Beweiſe der 30jährigen Dauer des Nichtgebrauchs befreit. Immerhin aber wird er durch die Berufung auf den Nichtgebrauch unnöthiger Weiſe eine Beweislaſt übernehmen, der er durch Vorſchützen der Klagen-Verjährung ſich entziehen könnte.

Hiernach hätte der, welcher den Verluſt einer Dienſtbarkeit durch 30jährigen Nichtgebrauch behauptet, dieſen ſtets zu beweiſen; er hat aber nur dann nöthig, ſich darauf zu berufen, wenn der Beſitzſtand gegen ihn ſpricht und in allen andern Fällen, und zwar namentlich ſo oft er mit der Confeſſorienklage belangt wird, kann er ſich mit der Einrede der Klagen-Verjährung helfen, die des Beweiſes nicht bedarf.

Rüßlin.

III.

Iſt es rathſam und thunlich, den Entwurf eines Strafgeſetzbuchs von 1839 bei dem jetzigen Verfahren einzuführen?

Unſer Entwurf kennt nur drei Strafarten, welche keine Abſtufung zulaſſen, nämlich Todesſtrafe, Dienſtentſetzung und Dienſtentlaſſung, während die übrigen Strafen, welche in den §§. 10 und 31 aufgezählt werden, ihrer Art und Größe nach z. B. vom Gefängniß bis zum Schaffot unbeſtimmt gelaſſen ſind, um den Richter in den Stand zu ſetzen, das Maaß im einzelnen Fall ſo zu treffen, wie es dem Grad der Verſchuldung entſpricht. Seine Aufgabe iſt daher zunächſt (nach den Motiven zum VI. Titel), die Größe der jeweiligen Verſchuldung richtig zu erkennen. Dazu muß er die ganze

Digitized by Google

That nach allen auf die Verschuldung wirkenden Nebenumständen abwägen, nicht blos den einzelnen im Gesetzbuch angegebenen Strafminderungs- oder Straferhöhungsgrund als eine abstracte Größe betrachten, der ein gewisses Quantum der Strafe correspondirt, sondern auch das durch die Individualität des Angeschuldigten *) und durch Nebenumstände jeder Art bestimmte Gewicht dieses Grundes prüfen. Dann kann er sich erst über das auszusprechende Strafmaaß entscheiden ꝛc.

Wie soll nun der Richter im Stande sein, diese Aufgabe zu lösen, wenn ihm nicht Gelegenheit verschafft wird, den Angeschuldigten sammt den Zeugen persönlich kennen zu lernen, und sich durch selbsteigene Vernehmung derselben alle Einzelheiten des in Rede stehenden Falles zu vergegenwärtigen?

Es sei uns erlaubt, wörtlich hier anzuführen, was Mittermaier bei Prüfung des Entwurfs einer Strafproceßordnung für das Königreich Sachsen von 1842 in dieser Hinsicht bemerkt **).

„Vor Allem sollte man nicht unbeachtet lassen, daß in neuerer Zeit, in welcher die Strafgesetze durch die weiten Zwischenräume von Maximum und Minimum das richterliche Ermessen so sehr erweitern, die Mündlichkeit ein dringendes Bedürfniß ist, weil der Richter nicht hoffen kann, durch die Acten allein, ohne den Angeschuldigten zu beobachten, die nöthigen Materialien zu erhalten, deren Besitz ihn in den Stand setzt, den Grad der Verschuldung des Angeklagten zu erkennen, um dieser gemäß die Strafe auszumessen."

Dieser durch den Entwurf zu einem wahren Bedürfniß gemachten Mündlichkeit tritt aber ein Vorschlag in Nr. 42 S. 295 der Annalen von 1841 entgegen, wornach die Verhandlung vor dem Criminalgerichte mit Verlesung eines Actenauszuges über die thatsächlichen Ergebnisse der Untersuchung eröffnet werden soll.

Dieser Vorschlag kann indessen nur von einem Gegner der Oeffentlichkeit ausgegangen sein, weil es kaum ein wirksameres Mittel geben dürfte, das Interesse des Publikums an den Gerichtsverhandlungen zu tödten und den Saal, selbst bei offenen Thüren, von Zuhörern frei zu halten, als das monotone Ablesen einer trockenen Relation. Wer übrigens wünscht, daß zum Frommen der Strafrechtspflege die materielle Wahrheit, so viel nur immer möglich, zu Tag gefördert werde, der wird sich für ein lebendiges Wechselverfahren zwischen Ankläger und Vertheidiger, und mithin gegen jenen Vorschlag um so mehr entscheiden, als sich der allegirte Aufsatz selbst in der nämlichen Spalte sehr treffend dahin ausspricht:

„der Richter soll nicht nur durch das Organ des Referenten von dem Resultate der Untersuchung in Kenntniß gesetzt werden, er soll die Betheiligten selbst hören. Daß er dadurch weit vollkommener informirt wird, als durch eine bloße Relation, hat sich bei uns seit 1832, wo unser gegenwärtiges mündliches Verfahren eingeführt wurde, bis zur Evidenz bewährt."

„Es ist unzweifelhaft, daß auch die Zeugenabhör vor dem urtheilenden Gerichte in gewissen Fällen von noch größerem Werthe ist, indem dadurch das Bild des Ganzen dem Richter erst vollständig wird, und manche früher nicht geahnte Aufklärung durch die Abhör der Zeugen in Gegenwart der Parteien vor dem Gerichtshofe selbst, sich ergeben kann, wie auch die Erfahrung anderwärts zeigt, wo oft die Sache am Schlusse der mündlichen Verhandlung eine ganz andere Gestalt hat, als sie eine solche vorher am Schluße der Voruntersuchung hatte."

Wozu nun doch ein zeitraubender Actenauszug, welcher offenbar nutzlos und zweckwidrig sein würde? †)

Ein schriftlicher Vortrag paßt sich allenfalls nur als Eingang zur Verhandlung vor dem Appellations- oder Cassationshof, aber nicht als Eröffnung des Verfahrens vor dem Criminalgerichte, wo ja das Thatsächliche erst erforscht und festgestellt werden soll. Hier folgt auf Vorlesung des Anklageacts die mündliche Verhandlung, wie es auch im §. 60 des Preßgesetzes und im §. 380 des Entwurfs von 1835 bestimmt ist.

*) In dem gegenwärtigen Verfahren urtheilen die Gerichte über die Zurechnungsfähigkeit eines Individuums so eigentlich wie der Blinde von der Farbe.

D. E.

**) Zeitschrift für deutsches Strafverfahren III. Band S. 305.

D. E.

†) Vergl. auch Annalen von 1842 Nr. 5 S. 39 und 40.

D. E.

Digitized by Google

Schriftliche Relationen vertragen sich, wie schon bemerkt, auch nicht mit der Oeffentlichkeit, die der Entwurf von 1839 ebenfalls nothwendig macht.

Die weiten Zwischenräume vom Minimum zum Maximum erheben den Richter innerhalb dieser Gränzen — nach dem Ausspruch der Motive — zum Gesetzgeber für den einzelnen Fall.

Zu den ständischen Berathungen über die zu gebenden Gesetze hat das Publikum freien Zutritt, da die Sitzungen beider Kammern öffentlich sind. Verfassungsurkunde §. 78.

Folgeweis muß dem Publikum auch gestattet werden, der richterlichen Anwendung dieser Gesetze, mit anderen Worten, der Gesetzgebung für den einzelnen Fall, eben so beizuwohnen. Was ihm in bürgerlichen Rechtssachen, wo es sich doch nur um das Mein und Dein handelt, bereits erlaubt ist, wird ihm in Strafsachen, wo weit größere Interessen zur Sprache kommen, nicht versagt werden können.

Soll das Volk wirklich Vertrauen zur Strafrechtspflege gewinnen, so müssen die Gerichtssäle für Jedermann geöffnet sein. Es genügt nimmermehr, daß nur gewissen Notabilitäten, wie ein Separatvotum zu dem Strafproceßentwurf von 1835 begutachtet hat, der Zutritt gestattet wird, weil dann die excludirte Mehrheit gewiß Mißtrauen schöpfen und mit Recht tadeln würde, daß nur die vornehmen Herrn zusehen dürfen, wie die armen Teufel verurtheilt werden, aber nicht umgekehrt. Die Strafgerechtigkeit ist ein Gemeingut des ganzen Volkes und kein Privilegium für gewisse Klassen, Kassen oder Stände *).

Es soll daher Niemanden verwehrt sein, sich durch eigene Beobachtung davon zu überzeugen, daß auch der Verbrecher gerecht und menschlich behandelt, daß er gegen die Anklage vertheidigt, und nach dem Gesetz gerichtet, daß der Unschuldige freigesprochen und der Schuldige, ohne Ansehen der Person, nur in dem Maaße bestraft wird, wie er es verdient hat; denn nur aus dieser Anschauung und Ueberzeugung kann allgemeines Vertrauen in die Strafrechtspflege entstehen.

Schwerlich wird dagegen die Außenwelt glauben, daß Gerechtigkeit geübt werde, wenn bei unserem jetzigen geheimen Verfahren, welches die Anwesenheit des Vertheidigers ausschließt und jene des Staatsanwalts gebietet, in Anwendung der relativ unbestimmten Strafen, das Verbrechen der Tödtung einmal mit bürgerlichem Gefängniß, und das anderemal mit dem Tod bestraft wird, besonders wenn es der Zufall gewollt hat, daß der Verurtheilte im ersten Fall ein wohlhabender angesehener Mann, und im anderen ein Bettler gewesen ist.

Damit also nicht Argwohn und Verdacht der Parteilichkeit an die Stelle des Vertrauens und guten Glaubens trete, muß Oeffentlichkeit bestehen, welche von der Abschreckungstheorie insofern unzertrennlich ist, als die Motive anerkennen, daß die Wirksamkeit des Strafgesetzes vorzüglich auch durch die Bestimmtheit der Strafdrohung und die Gleichförmigkeit der Anwendung garantirt werde.

Die Oeffentlichkeit des Verfahrens vermittelt sonach stellvertretend die Unbestimmtheit der Strafdrohung, sie dient statt dieser als das beste Abschreckungsmittel, weil neben dem Verbrechen zugleich auch dessen Schande und Strafe erscheinen, und characterisirt sich mithin auch von dieser Seite als ein wahres Bedürfniß **), welches bei dem Systeme einer bestimmten Strafdrohung, wie es dermalen noch besteht, weniger fühlbar ist.

Diese kurze Betrachtungen, welche, ohne der übrigen für die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit sprechenden Momente zu gedenken, lediglich auf unseren Strafgesetzentwurf und dessen Motive gegründet sind, dürften die Ansicht rechtfertigen, daß es nicht rathsam und thunlich sei, gedachten Entwurf ohne öffentliches und mündliches Anklageverfahren, als Gesetzbuch einzuführen.

Bayer.

*) Doch soll hiermit die ausnahmsweise Verhandlung in geheimer Sitzung, wie sie der §. 364 des Entwurfs will und der §. 58 des Preßgesetzes vorbehält, nicht bestritten werden.

D. E.

**) Und zwar weniger in Ansehung der Notabilitäten, als für die größere Masse des Volks, aus welcher numerisch die meisten Verbrecher hervorgehen.

D. E.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro. 23. | Karlsruhe den 10. Juni 1843.

I.

Der Beschuldigungsproceß *) (processus denunciat.) nach dem badischen Strafgesetze (§. 8 des Edicts) dargestellt in einem Rechtsfalle und mit kritischer Rücksicht auf eine Abhandlung in den Annalen Jahrgang 1841. Nr. 7.

Vorbemerkungen.

1) Die Befugniß zur Beschuldigung ist nicht an das Dasein eines privatrechtlichen Interesses des Denuncianten geknüpft;

2) der Beschuldigungsproceß findet statt, wenn auch noch kein zur Untersuchung von Amtswegen dem Richter hinreichender Verdacht gegen den Beschuldigten nachgewiesen ist. Dagegen

3) muß die Beschuldigung solche Thatsachen enthalten, welche den Thatbestand eines bestimmten Verbrechens darstellen, und

4) mit der Beschuldigung muß der Beweis durch zulässige und erhebliche Beweismittel angetreten werden.

5) Die Beweisantretung einer Beschuldigung gegen die Wahlcommission bei Gemeinderathswahlen wegen Fälschung des Wahlprotokolls durch Aufführung der Wähler als Zeugen ist insofern unstatthaft, als ihr Zeugniß in der verlangten Offenbarung ihrer Gewählten (geheimen Stimmen) bestehen soll.

6) Eine Controlle der Wahl durch Vergleichung der Stimmzettel mit den Aufzeichnungen der Urkundspersonen und mit dem Wahlprotokoll darf von andern Personen als der Wahlcommission selbst nicht stattfinden.

§. 1.

Am 9. August 1842 geschah in der Gemeinde A. eine Ergänzungswahl zweier Gemeinderäthe unter der Leitung — wie es das Gesetz vorschreibt — des Bürgermeisters mit Zuziehung des ältesten und jüngsten Gemeinderaths als Urkundspersonen und des Rathschreibers als Protokollführer.

Als die Wahl beendigt, deren Ergebniß aber der Gemeinde noch nicht eröffnet war, gab der vorige (s. g. Alt-) Bürgermeister mit seinen Anhängern ein Mißtrauen in das Geschäft der Wahlcommission zu erkennen und verlangte die Aufbewahrung, so wie die Einsicht der Wahlzettel, nachdem solche, wie die Wahlcommission versichert, schon im Feuer vernichtet waren. Mit dem darauf bekannt gemachten Ergebniß der Wahl, wornach Cal. J. mit 85 Stimmen und L. Sch. mit 49 zu neuen Gemeinderäthen gewählt waren — unzufrieden, reichte der vorgedachte Altbürgermeister mit seinem Anhang eine von 70 Bürgern unterzeichnete Beschwerdeschrift bei dem Amt E. ein, worin sie die Wahlhandlung für verdächtig erklärten, weil Jos. D. — Bruder des Altbürgermeisters weniger Stimmen (nur 33) nach dem Wahlprotokoll erhalten haben solle, als L. Sch., obgleich die Beschwerdeführer selbst dem Erstern die Stimmen gegeben hätten, und führten als weitere Verdachtsgründe die Verweigerung der Einsicht der Stimmzettel und den Umstand an, daß der Bürgermeister und Gemeinderath B. schon am Tage vor der Wahl geäußert hätten: Land. Sch. sey und werde Gemeinderath bleiben.

*) Ist mit dem Denunciations- oder s. g. Adhäsions-Proceß des gemeinen Strafrechts nicht zu verwechseln, bei welchem der durch ein Verbrechen Beschädigte an der deßwegen eingeleiteten Criminalverhandlung zur gleichzeitigen Verfolgung seiner Civilansprüche Theil nimmt — Mittermaier des deutschen Strafverfahrens 2ter Th. S. 518—520.

Digitized by Google

Mit dem Bemerken, daß die Vorgesetzten sonst noch vieler willkührlichen Dienstvergehen beschuldigt werden könnten, die Beschwerdeführer aber für jetzt sich auf die Anfechtung der Wahlhandlung beschränkten, stellten sie das Begehren um schärfste Untersuchung dieses Verbrechens gegen die Wahlcommission und um Entfernung der Mitglieder derselben von ihren Aemtern.

Nachdem das Amt über diese Beschwerdeschrift die Wahlcommission zu Protokoll vernommen hatte, erstattete dasselbe seinen Bericht an die großherzogliche Kreisregierung, worin zwar die Wahlhandlung wegen Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften als giltig dargestellt, jedoch im Interesse der Ruhe und des öffentlichen Friedens eine neue Wahl für räthlich erklärt wurde, indem seit der letzten im Dez. 1841 stattgehabten Bürgermeisterwahl Reibungen in der Gemeinde und leidenschaftliche Invectiven gegen die Vorgesetzten an der Tagesordnung seien.

Es erging jedoch hierauf von der großherzoglichen Kreisregierung der Beschluß:

„Da die Wahlcommission die einzelnen Stimmzettel schon vernichtet hatte, als der Rathsdiener M. derselben meldete, es seien keine abstimmenden Bürger mehr vorhanden, und da die Stimmzettel schon vernichtet worden sind, bevor das Resultat der Wahl bekannt gemacht geworden war, also jedes Mittel zur Controlle bei einer etwaigen Anfechtung der Wahl von der Wahlcommission zu früh beseitigt worden ist, so wird diese Wahl als nichtig aufgehoben, und das Amt beauftragt, den Gemeinderath in A. zur Vornahme einer neuen Ergänzungswahl zu veranlassen."

§. 2.

Bei dieser Entschließung beruhigte sich aber der Altbürgermeister D. mit zweien seiner Consorten nicht, sondern sie ließen eine von einem Rechtspraktikanten verfaßte förmliche Beschuldigungsschrift gegen die Wahlcommission bei Amt einreichen, worin sie erklärten, daß es ihnen nicht so fast um eine neue Wahl, sondern um Entfernung der Beschuldigten von ihren Gemeindeämtern, Wiederherstellung der Ordnung in der Gemeinde, und Wiederbefestigung des Vertrauens der Büeger zu den Vorstehern zu thun sei. Dieses Ziel könne nur durch eine peinliche Untersuchung gegen die Angeschuldigten wegen Wahlverfälschung, eines Verbrechens, welches außer einer körperlichen Strafe noch den Verlust der Ehre und Aemter nach sich ziehe, erreicht werden. Sie nehmen daher als Beschuldiger nach §. 8 des Strafedicts alle Gefahr und Pflichten eines Anklägers auf sich, und bitten gegen die Beschuldigten in den Formen des Beschuldigungsprocesses zu verfahren.

Als Thatsache der Fälschung wurde behauptet: Das Wahlresultat sei mit der Stimmgebung der Wähler nicht übereinstimmend, indem eine weit größere Zahl der Stimmen auf J. D. — Bruder des Altbürgermeisters — gefallen sei. Es habe nämlich der Bürgermeister, welcher die Stimmzettel eröffnete, bei vielen statt J. D. andere Namen vorgelesen, und die Urkundspersonen so wie der Rathschreiber, welche die Stimmzettel eingesehen, und von deren wirklichem Inhalt sich überzeugt, hätten gleichwohl die von dem Bürgermeister fälschlich vorgelesene Namen in das Wahlprotokoll eingetragen, beziehungsweise solches mit dem Bürgermeister unterzeichnet, somit habe die Wahlcommission der Fälschung und des Diensteidbruchs sich schuldig gemacht.

Als Beweismittel dieser Beschuldigung wurde die eidliche Abhör

a) der in der Eingabe vom 9. August 1842 unterzeichneten Wähler, welche dem J. D. oder doch nicht dem Land. Sch. die Stimme gegeben hätten — mit Ausnahme der drei Denuncianten,

b) der übrigen Wähler, welche entweder für Land. Sch. oder für einen Andern, auf welche Stimmen gefallen, gestimmt hätten, in Antrag gebracht.

Für die als Verdachtsgründe behaupteten Nebenumstände, nämlich, daß der Bürgermeister schon vor dem Wahlgeschäft geäußert habe: Land. Sch. sei und werde Gemeinderath bleiben, und daß das Verbrennen der Stimmzettel nach Ort und Zeit unmöglich gewesen sei — sind besondere Zeugen aufgeführt, und die Vorlage der Wahlacten verlangt worden.

Gegen den Leumund des Bürgermeisters wurde insbesondere angeführt, daß er dreimal wegen Diebstahls in Untersuchung gestanden sei.

In dieser Hinsicht wurde in dem mündlichen Nachtrage zum Protokoll vom 22. Dezember 1842 erläutert, daß die dreimalige Untersuchung einmal wegen Entwendung eines Klotzes, zum andern wegen Entwendung einer Zehntgarbe, und zum dritten wegen Entwendung

Digitized by Google

eines Schaafbocks ſtattgefunden habe, worüber die Acten Nachweiſung geben würden. Joſ. D. habe die Unterſuchung dieſer Diebſtähle veranlaßt, und dieß ſei der Grund der Leidenſchaftlichkeit des Bürgermeiſters gegen ihn.

§. 3.

Das Amt hat über die Beſchuldigung der Wahlfälſchung die Wahlcommiſſion in's Verhör gezogen, worin ſowohl der Bürgermeiſter als auch die Urkundsperſonen und der Rathſchreiber die Thatſache der Anſchuldigung für unwahr erklärten, indem nämlich der Bürgermeiſter den Bürgern die Wahlzettel abgenommen, ſie in einen Korb gelegt, und, nachdem alle Erſchienenen geſtimmt hatten, die Zettel aus dem Korb herausgenommen, eröffnet, den Urkundsperſonen vorgeleſen und vorgezeigt, dann ſie in einen neben dem Wahltiſch ſtehenden Hut gelegt, nach gezogenem Wahlergebniß aber in Gegenwart einer der Urkundsperſonen in der unteren Küche verbrannt habe. Erſt ſpäter habe der Ortsbote gemeldet, daß Wähler die Einſicht der Stimmzettel begehren. Unwahr ſei es auch, daß der Burgermeiſter geäußert habe: Land. Sch. ſei und bleibe Gemeinderath. Im vorigen Sommer habe man ihn (den Bürgermeiſter) der fraglichen Entwendungen beſchuldigt, aber ohne allen Grund.

Das Amt hat zwar über die oben angeführten Nebenumſtände die angetragenen Zeugniſſe erhoben, von der in der Denunciation verlangten eidlichen Abhör ſämmtlicher Wähler aber mit dem Bemerken Umgang genommen, daß ein großer Theil der Wähler als Beſchwerdeführer zum Zeugeneid nicht zuläßig ſei, daß durch Beeidigung einer ganzen Gemeinde, die in Hader und Zank lebe, die Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides unnöthiger Weiſe herabgeſetzt, und ein Reſultat doch nicht erzielt werde, indem für die Thatſache der Verfälſchung des Wahlprotokolls immerhin nur die Auſſage Eines Zeugen vorläge.

Das Amt hat ſodann die Acten dem Hofgericht vorgelegt und von dieſem iſt die vorwürfige Anſchuldigung einer Wahlfälſchung (mit Stimmenmehrheit des Senats) als unbegründet verworfen worden.

Anſicht des Einſenders.

§. 4.

Nach §. 8 unſers Strafedicts findet der Beſchuldigungsproceß * (processus denunciationis) als Ausnahme von der Regel (dem Unterſuchungsproceß) dann ſtatt, wann Jemand aus einem eigenen leidenſchaftlichen Intereſſe gegen eine Perſon eine Unterſuchung verlangt, ohne daß noch der Thatbeſtand des Verbrechens (corpus del.) hergeſtellt und gegen den Beſchuldigten ein dem Richter zureichender Verdacht für eine Unterſuchung erwieſen, ohne daß alſo der Richter für ſich veranlaßt und berechtigt wäre, mit der Unterſuchung vorzugehen. Der Beſchuldiger hat alle Pflichten und Gefahr eines Anklägers auf ſich, und dieſe Mitbefangenheit wirkt, daß er zur Eröffnung des Verhörs, zur Erhebung und Eröffnung der Kundſchaften, auch zum Schlußverhör beigeladen und zuletzt vernommen werden muß, ob und was er noch zur Ueberweiſung des Beſchuldigten oder zur Rechtfertigung ſeiner Beſchuldigung anzubringen wiſſe, das der Richter, ſo weit es erheblich zu achten iſt, noch erheben muß. Im übrigen ſoll auch dieſer Proceß ganz den Gang des Unterſuchungsproceſſes gehen, und darf der Richter nicht zugeben, daß er in ein Wechſelverfahren der Parteien nach Art der bürgerlichen Proceſſe ausarte.

Bei der Anwendung dieſes Geſetzes auf den vorliegenden Fall wird es, a) vor Allem darauf ankommen, die Frage zu beantworten, ob die aufgetretenen Denuncianten zu ihrer Beſchuldigung ein Recht haben, ob ſie mit andern Worten — zur Sache legitimirt ſind.

Nach der Darſtellung des Verfaſſers „Einiger Bemerkungen über den Beſchuldigungsproceß“ in den Annalen der badiſchen Gerichte, Jahrgang 1841 Nr. 7 wäre dieſes der Fall nicht. Der Verfaſſer ſagt nämlich in dieſer Hinſicht: eigenthümlich ſei das Strafedict darin, daß es ein leidenſchaftliches Intereſſe auf Seite des Anklägers verlange. Gerade dieſe Beſtimmung ſei es, welche hauptſächlich die ungünſtigſten Urtheile über das ganze Inſtitut zu motiviren pflege; allein man würde das Geſetz ſehr mißverſtehen, wenn man die Worte: „leidenſchaftliches Intereſſe“ für gleichbedeutend mit „leidenſchaftlichem Antriebs-Motiv“ halten und glauben wollte, der Geſetzgeber habe zur Verfolgung des erhabenen Zwecks der Strafrechtspflege alle, ſelbſt die unedelſten Leidenſchaften aufrufen und ſich ihrer Hülfe bedienen wollen. Eine ſo große Unvernunft dem Geſetzgeber zu unterſtellen, wäre Frevel. Gewiß habe er unter „leidenſchaftlichem Intereſſe“ etwas anderes als

Digitized by Google

„Leidenſchaft" jenen Zuſtand geiſtiger Unfreiheit, in welchem alle höhern Geiſteskräfte einem übermächtig gewordenen Triebe dienſtbar ſeien, verſtanden. Es werde vielmehr das Hauptgewicht auf das Wort „Intereſſe" zu legen, und unter dem „leidenſchaftlichen Intereſſe" ein beſonders ſtarkes und zwar ein eigenthümliches, perſönliches, privatrechtliches zu verſtehen ſein, denn das Wort „Intereſſe" ſei überall, wo es die Geſetze gebrauchen, nur von einem rechtlichen Intereſſe zu verſtehen, und ſo ſpreche denn auch der §. 22 des Strafedicts ausdrücklich von dem „rechtmäßigen Privatintereſſe" des Beſchuldigers, offenbar in demſelben Sinne, in welchem es in §. 8 ein „eigenes leidenſchaftliches Intereſſe" deſſelben erwähne. Der Beſchuldiger müßte alſo ein vernünftiges und nicht ſittenwidriges Intereſſe an der Verfolgung des angezeigten Verbrechens haben und nachweiſen, um zur Anklage zugelaſſen zu werden, er müßte von der Gerichtsſchwelle zurückgewieſen werden, wenn er nichts als die nackte Leidenſchaft als Motiv ſeines Auftretens anzugeben vermöchte."

§. 5.

Die Anſicht des Verfaſſers der Bemerkungen von der erhabenen Beſtimmung der Strafrechtspflege anerkenne ich', ohne ſeiner Meinung beizupflichten, daß das Geſetz (der erwähnte §. 8 des Strafedicts) ein privatrechtliches Intereſſe des Anſchuldigers an der gegen den Beſchuldigten verlangten Unterſuchung eines Verbrechens erfordere. Hätte das Geſetz die Legitimation des Anſchuldigers zum Auftreten als Ankläger an das Daſein und die Nachweiſung eines Privatintereſſes geknüpft, ſo würden nur jene Perſonen, welche ſelbſt durch das angebliche Verbrechen verletzt oder betheiligt ſind, zur Anſchuldigung befugt ſein und die ſeitherige Praxis, wornach in ſo vielen Fällen ohne Privatbetheiligung der Ankläger (meiſtens in Gemeindeangelegenheiten, wie auch im vorliegenden Falle) die Denunciationsproceſſe ſtattgefunden haben, als ein Verſtoß gegen das Geſetz anzuſehen ſein. Allein! das iſt nicht der Sinn des Edicts. So wie überhaupt jeder willkührlichen Handlung eines Menſchen die Vorſtellung eines Zwecks vorausgeht, welche die Triebfeder der Handlung wird, und, je nachdem ſie einen hohen Grad der Stärke erreicht, zur Leidenſchaft geſteigert wird, ſo kann man ſich auch insbeſondere das Auftreten des Einen gegen den Andern als Ankläger eines Verbrechens und das Verlangen einer Unterſuchung auf eigene Gefahr und Verantwortlichkeit nicht wohl anders als durch Leidenſchaft des Beſchuldigers erklären. Deßwegen iſt jedoch ſein Beginnen nicht immer zu tadeln, noch verwerflich, zumal die Leidenſchaft eben ſo zu großen und edlen Thaten als zu ſchlechten Handlungen anfeuert. Gut oder bös iſt die Leidenſchaft, je nachdem der Beweggrund, — die Triebfeder — aus einer reinen oder trüben Quelle gefloſſen iſt. Dieſe bekümmert aber den irdiſchen Richter nicht, und ſie liegt auch außer dem Bereich ſeiner Erforſchung. Der Handelnde hat ſie nur vor ſeinem innern Richter zu vertreten. Wenn das Geſetz (der §. 8) im Eingang ſagt: der Beſchuldigungsproceß finde ſtatt, wann Jemand aus einem eigenen leidenſchaftlichen Intereſſe gegen eine Perſon eine Unterſuchung verlange u. ſ. w., ſo iſt damit das Daſein eines eigenen leidenſchaftlichen Intereſſes des Anſchuldigers nicht als Requiſit ſeines Verlangens vorgeſchrieben, ſondern es iſt mit der Anführung dieſer Worte nur die gewöhnliche Denk- und Handlungsweiſe der Menſchen angedeutet, aus welcher man ſich auch dieſe des Anklägers zu erklären hat. Es ergibt ſich dieſer Sinn ſowohl aus der eben angeführten Stelle als auch aus dem Zuſammenhang des Inhalts des ganzen Paragraphen. Das Wort „Intereſſe" hat der Geſetzgeber hier nicht in privatrechtlicher Bedeutung gebraucht, ſondern damit und in Verbindung mit den Eigenſchaftswörtern „eigenes, leidenſchaftliches" den Seelenzuſtand des Anklägers angedeutet, in welchem er handelnd auftritt. Es iſt das Wort „Intereſſe" hier in keinen andern Sinn genommen, als den es buchſtäblich anzeigt: es liegt daran (interest) und will mit ſeinen Beiwörtern ſagen: es liegt dem Ankläger im höchſten Grade daran, — ſeine Begierde iſt bis zur Leidenſchaft geſteigert(?)

Die Worte „eigenes, leidenſchaftliches dürfen nicht auf Intereſſe als Objeet bezogen werden, ſondern alle drei zuſammen bezeichnen den Zuſtand des handelnden Subjects, andernfalls würde ihre Verbindung ganz unpaſſend erſcheinen, denn wie kann „Intereſſe" als Object gedacht, leidenſchaftlich ſein? Ein ſolch fehlerhafter Ausdruck iſt dem Geſetzgeber nicht zuzutrauen, am wenigſten hier, wo der Sinn der Stelle ſo klar iſt.

Digitized by Google

Der Gesetzgeber unterstellt die höchste Thätigkeit des Begehrungsvermögens eines Menschen, der eine Untersuchung wegen Verbrechens gegen einen Andern verlangt, welche im regelmäßigen Gange und von Amtswegen nicht stattfinden würde, weil noch kein zureichender Verdacht den Richter dazu berechtigt.

Auf Verlangen des Anschuldigers muß der Richter dennoch vorschreiten, weil ersterer „alle Pflichten und alle Gefahr eines Anklägers" auf sich hat. Offenbar ist die Verantwortlichkeit des Anklägers für alle Folgen der Beweggrund, aus welchem der Gesetzgeber den Anschuldigungsproceß als Ausnahme gestattet und ein seiner „Mitbefangenheit" angemessenes Verfahren vorschreibt. Nur insoweit ist der Inhalt des Gesetzes gebietend (dispositiv); das Dasein eines eigenen Interesses des Anklägers wird zwar unterstellt (nur erzählend, enunciativ ist davon die Rede) aber nicht geboten, und in dieser Hinsicht stimmt unser Gesetz mit dem gemeinen Recht über den Anklageproceß überein, wornach alle Personen Ankläger sein können, die in den Gesetzen nicht besonders ausgeschlossen sind.

L. 8. D. de accus. *Leyser* spec. 560 med. 5. Quistorp p. R. §. 800. Tittmann S. 676. Bauer Lehrbuch §. 240. Feuerbach p. R. Ausgabe von Mittermaier 1840. §. 644. Mittermaier deutsches Strafverfahren 2ter Theil Seite 540, 541.

Hiernach wird der Anklageproceß (hier Denunciationsproceß) eröffnet durch die Anklage, mittelst welcher der Richter zur Untersuchung und Bestrafung aufgefordert wird, und der Ankläger ist zu weiter nichts verbunden, als nach angebrachter Klage Caution zu leisten, welche auf die Fortsetzung und die Kosten des Processes, so wie auf den Schaden und die in der Anklage enthaltene Ehrenkränkung des Angeklagten geht, im Fall der Ankläger das Fundament seiner Klage nicht beweisen würde. Vermag er keine Caution zu leisten, so soll er gefangen gehalten werden, bis er wenigstens die Anzeigungen gegen den Angeklagten vollständig erwiesen hat,

P. G. O. Art. 12, 13, 14, 15, 181. Feuerbach loc. cit. §. 647.

Der Verfasser des erwähnten Aufsatzes hat zur Bestärkung seiner Ansicht über das Erforderniß eines „rechtmäßigen Privatinteresses von Seiten des Anschuldigers sich auch auf §. 22 des Strafedicts berufen, folgenden Inhalts:

„Der Beleidigte, der mit dem ihm zuerkannten Ersatz nicht zufrieden ist, in gleichen der Beschuldiger, der die Punkte des Urtheils, die sein rechtmäßiges Privatinteresse berühren, (wohin eine blos mißgünstige Meinung, als ob der Beschuldigte zu gering gestraft wäre, nie gehört) für widerrechtlich gravirend ansieht, können in Sachen, welche ihrer Wichtigkeit nach bei den Hofgerichten entschieden werden müßten, Separaterkenntniß hierüber bitten. Diese Bitte hat zur Folge, daß nur der Beleidigte mit einem Satz zu Ausführung seiner Beschwerde, und der Beleidiger mit einer Antwort auf solchen Satz gehört, und dann blos über diesen Civilpunkt unter Bestellung eines andern Referenten neues Erkenntniß ertheilt werden muß, wovon nachmals, wenn es die Summe zur Oberappellation erreicht, diese an das Oberhofgericht jedem Theil freisteht."

Nachdem die vorhergehenden §§. 20 und 21 des Strafedicts über die Rechtsmittel gegen Urtheile oder Erkenntnisse in Strafsachen Bestimmungen getroffen haben, gibt der folgende §. 22 noch besondere Vorschriften für Beschwerdeführungen über den Civilpunkt.

Wenn nun hier nicht nur allein der Beleidigte überhaupt mit seiner Ersatzforderung, sondern auch der Beschuldiger insbesondere mit seinem „rechtmäßigen Privatinteresse" erwähnt wird, so folgt daraus weiter nichts, als daß der Beschuldiger in Beziehung auf die Rechtsmittel gegen ein Erkenntniß über seine Privatansprüche mit jedem Beleidigten, der auch nicht die Rolle eines Anklägers gespielt hat, gleichgestellt ist. Der Ankläger kann der beleidigte — beschädigte Theil sein, und in der erlittenen Unbill — wahren oder eingebildeten — mag die Triebfeder zu seinem Auftreten als Ankläger liegen, aber es ist nicht erforderlich, daß der Ankläger selbst der Beschädigte sei. Der §. 22 des Edicts hat nur die Bestimmung, Vorschriften für das Verfahren über Beschwerden zu geben, welche den Civilpunkt betreffen, dagegen sind die Bedingungen zur Zulässigkeit einer Anklage, lediglich nur aus dem mehrgedachten §. 8, der allein und insbesondere

Digitized by Google

davon handelt, zu entnehmen, und daß darin das Vorhandensein eines „rechtmäßigen Privatinteresses" des Anklägers nicht als eine der Bedingungen gesetzt sei, um der Anklage Eingang zu verschaffen, ist oben zur Genüge dargelegt worden.

Dieser Ausführung zufolge kann die aufgestellte Frage über die Befugniß der Beschuldiger in vorliegendem Falle zu ihrer Anklage nur affirmativ beantwortet werden, obgleich sie kein privatrechtliches Interesse an der gegen die Beschuldigten verlangten Untersuchung haben, noch behaupten. Sie haben als Staats- und Gemeindebürger gegen ihre Mitbürger wegen Verbrechen ein Recht als Ankläger aufzutreten. Es müßte ein besonderer Grund der Ausschließung von diesem allgemeinen Rechte gegen einen oder den andern der Beschuldiger vorhanden sein, was aber hier der Fall nicht ist. Zudem haben die Beschuldiger wirklich ein „eigenes leidenschaftliches Interesse" an der Sache — nach dem wörtlichen Ausdrucke des Gesetzes — mag Parteigeist und Unzufriedenheit über das Ergebniß der Wahl oder die Meinung von einem Verbrechen der Fälschung des Wahlprotokolls die wahre Ursache des Auftretens der Beschuldiger gegen die Wahlcommission sein, so geht doch jedenfalls ihr Interesse an der Sache aus ihrem Verhältnisse als Gemeindebürger und Untergebene zu ihren Vorgesetzten und Verwaltern der Gemeindeangelegenheiten hervor, wornach es ihnen nicht gleichgültig sein kann, unter dem Befehl von Verbrechern zu stehen und ihr und der Gemeinde Wohl solchen Händen anvertraut zu sehen. Daß ein solches Interesse der Beschuldiger — mag auch ihr angeblicher Beweggrund wahr oder falsch sein, — bis zur Leidenschaft gesteigert ist, läßt sich leicht daher erkennen, daß sie bei der Aufhebung der angefochtenen Wahl im Administrativwege sich nicht beruhigt, sondern auf ihre Gefahr und Kosten eine Criminalunterſuchung gegen die Wahlcommission wegen behaupteter Fälschung verlangt haben.

§. 6.

Eine andere Frage ist es nun aber

2) ob die Beschuldigung (Anklage) materiell statthaft — gehörig begründet sei?

Die Anklage muß genau geprüft werden, bevor ihr Folge zu geben ist — Art. 11 der P. G. O. Grollman Gr. d. Cr. R. W. §. 529. Martin §. 137. Mittermaier Strafverfahren S. 541. Die Beschuldigung muß solche Thatsachen enthalten, welche a) den Thatbestand eines bestimmten Verbrechens darstellen, b) solche, aus welchen ihre Wahrheit vorausgesetzt, ein zur Untersuchung hinreichender Verdacht gegen den Beschuldigten hervorgeht, und c) es müssen die Beweismittel namentlich angeführt werden, durch welche diese Thatsachen in rechtliche Gewißheit gebracht werden sollen, L. 3. §. 3. D. de accus. (48. 2.) L. 16. C. eod. (9. 2.) Henke a. a. O. S. 849.

Von diesen Bedingungen zur Begründung des Anklage-Processes nach gemeinem Rechte weicht der badische Beschuldigungsproceß insoweit ab, daß er auf Verlangen des Anklägers schon statt findet, wenn auch noch kein zur Untersuchung von Amtswegen dem Richter hinreichender Verdacht gegen den Angeschuldigten nachgewiesen ist. Der Grund dieser Abweichung vom gemeinen Rechte mag in der Betrachtung des Gesetzgebers gelegen sein, daß der Ankläger die Verantwortlichkeit für alle Folgen auf sich trägt. Hier kann ich auch wieder der Ansicht des Verfassers des mehrerwähnten Aufsatzes in den Annalen in Beziehung auf das zweite Erforderniß — nämlich den zur Untersuchung hinreichenden Verdacht — nicht beistimmen, obgleich ich mit ihm den auf solche Weise gestatteten Beschuldigungsproceß für eine grelle Anomalie, für ein „monstrum in jure" halte. Die Worte des Art. 8 des Edicts sind zu klar, als daß sie einer Auslegung bedürfen, und einer andern Deutung fähig sind. Die Betrachtung, daß die Verantwortlichkeit des Beschuldigers den Angeschuldigten nicht vor böswilligen Angriffen seiner Ehre schützt, und daß nicht immer alle nachtheilige Folgen einer ungerechten Anklage wieder gut gemacht werden können, mag wohl bei einer neu abzufassenden Gesetzgebung nicht aber bei der bestehenden (lege lata) mit Wirkung angestellt werden.

Wenn es nun hiernach bei Prüfung der vorliegenden Beschuldigung auf das Dasein der zweiten Bedingung — des zureichenden Verdachts — nicht ankommt, so ist dagegen um so strenger an den andern Erfordernissen zu halten, nämlich an den Thatsachen, welche das behauptete Verbrechen der Fälschung darstellen, und an den zur Herstellung der rechtlichen Gewißheit dieser Thatsachen angeführten Beweismitteln.

Digitized by Google

§. 7.

An dem *ersten* Erfordernisse fehlt es nun zwar der Beschuldigung nicht, wenn man erwägt, daß darin die Behauptung aufgestellt ist, der Vorstand der Wahlcommission, der Bürgermeister habe nach Eröffnung der Stimmzettel bei vielen statt J. D. *andere* Namen vorgelesen, und der Rathschreiber mit den Urkundspersonen, obgleich sie die Stimmzettel selbst eingesehen, hätten dennoch die vom Bürgermeister vorgelesene Namen in's Wahlprotokoll eingeschrieben, beziehungsweise dasselbe durch ihre Unterschriften beglaubigt. Diese Thatsachen mit der weitern Behauptung, daß durch dieses Verfahren der Wahlcommission das Wahlprotokoll ein anderes Resultat, namentlich zu Gunsten des L. Sch. geliefert habe, statt daß nach dem wirklichen und wahren Inhalt der Stimmzettel die Wahl auf J. D. gefallen wäre, stellen unstreitig eine *Wahlfälschung* dar. Wenn nun auch — wie mich dünkt — diese Art von Fälschung in unserm Strafgesetz (§. 48 des Edicts) *) nicht vorgesehen, indem sie nicht wohl unter eine der darin aufgestellten Arten von Fälschungen zu bringen ist; so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn die Mitglieder der Wahlcommission wissentlich und mit Vorsatz ein falsches Wahlprotokoll aufgenommen und beglaubigt haben, sie des *Handgelübde-Bruches* schuldig geworden, also eines Verbrechens, dessen sie insbesondere und namentlich angeklagt sind.

§. 8.

Dagegen aber fehlt es offenbar an dem *dritten* und letzten Erfordernisse zur Zulässigkeit der Beschuldigung, weil die vorgebrachten Beweismittel unstatthaft sind, denn 1) das Vernichten der Stimmzettel war keine gesetzwidrige Handlung der Wahlcommission, sondern vielmehr dem Gesetze gemäß, das eine *geheime* Stimmgebung vorgeschrieben hat. Soll dieser Zweck erreicht werden, so dürfen die Stimmzettel der Oeffentlichkeit nicht Preiß gegeben werden. Ist das Vernichten oder Entfernen der Stimmzettel zu voreilig geschehen, so konnte es höchstens die Folge haben, welche durch die Beschwerde der Denuncianten und die darauf erwirkte Entschließung der Kreisregierung eingetreten ist, nämlich die Aufhebung der stattgehabten, und Anordnung einer neuen Wahl. Ein Verdacht der Wahlfälschung kann aus dieser Handlung der Wahlcommission mit Grund nicht geschöpft werden, der bloße Argwohn der Beschuldiger aber, der ohnedieß in Leidenschaftlichkeit seinen Ursprung hat, kann von dem Richter nicht berücksichtigt werden. Eben so unerheblich oder noch minder ist der andere Umstand, 2) daß der Bürgermeister *vor* der Wahl geäußert habe: „Land. Sch. sei und bleibe Gemeinderath. Ueberdieß haben die darüber zum Ueberfluß eidlich abgehörte Zeugen ausgesagt, daß der Bürgermeister die angebliche Aeußerung nicht gethan habe. Dieser an sich unerhebliche Umstand ist also nicht einmal erwiesen.

3) Ueber die behauptete Thatsachen des Vorgangs bei der Wahlcommission, worin die Fälschung des Wahlprotokolls bestehen soll, haben die Ankläger eigentlich gar keinen Beweis angetreten — und wohl aus der Ursache, weil darüber außer den angeklagten Mitgliedern der Wahlcommission Niemand Anders aus eigener sinnlicher Wahrnehmung Kenntniß haben kann. Die Ankläger sind — wie aus der Fassung ihrer Beweisantretung leicht zu erkennen — der Meinung, daß ihee Anhängee, mit ihnen 70 an der Zahl, dem bei der Wahl laut Protokoll durchgefallenen J. D. oder doch *nicht* dem erwählten L. Sch. ihre Stimmen gegeben haben. In dieser Meinung folgern sie die behauptete Fälschung des Wahlprotokolls und verlangen daher die eidliche Abhör sowohl der in ihrer Beschwerdeschrift vom 9. August 1842 unterzeichneten Wähler — mit Ausnahme der drei Denuncianten selbst — als auch aller übrigen Wähler. Worüber die Zeugen gefragt werden sollen? ist im Beweisantrag bestimmt nicht gesagt, es ist aber die Absicht unzweifelhaft diese, daß die Zeugen den *Namen des Gewählten* angeben sollen, dem sie ihre Stimmen gegeben haben.

Es ist einleuchtend, daß, da jeder Wähler nur über seine eigene Stimme Auskunft geben könnte, dieses Zeugenverhöe niemals einen vollen Beweis über das wahre Ergebniß der Wahlhandlung liefern würde. Eine Ergänzung des Beweises abee ist in einem solchen Falle nicht wohl möglich. Wenigstens ist darauf von den Anklägern kein Antrag gestellt. Auf keinen Fall würde aber aus dem Wahlergebniß ein sicherer Schluß auf die Wahrheit der Beschuldignng gezogen werden können, daß der

*) Der Strafgesetzentwurf spricht im letzten Paragraphen von *Fällchung bei Wahlen*.

Digitized by Google

Bürgermeister dem Rathschreiber und den Urkundspersonen absichtlich und wissentlich statt J. D. den Namen L. Schw. vorgelesen, und in Mitwirkung dieser Mitglieder der Wahlcommission ein falsches Wahlprotokoll zum Nachtheil des J. D. und zu Gunsten des L. Schw. verfaßt und vollzogen habe. Es ist demnach, auch abgesehen von andern Umständen, welche das Amt gegen die eidliche Abhör einer fast ganzen Bürgerschaft bemerkt hat, schon aus diesem Grunde der Beweisantrag verwerflich. Dazu kommt

4) daß die Wähler, welche mit den jetzigen Anklägern die mehrerwähnte Beschwerdeschrift unterschrieben haben, obgleich sie in der jetzigen Denunciation nicht förmlich mit aufgetreten sind, doch zur Partei der Ankläger gehören, indem sie in der von der Kreisregierung beschiedenen Beschwerdeschrift erklärten, daß sie sämmtlich dem J. D. die Stimmen gegeben hätten, und mit den jetzigen drei Denuncianten gemeinschaftliche Sache machten, deren Anklage nur eine Wiederholung der in der Beschwerdeschrift vorgetragenen Angriffspunkte und das nämliche Begehren enthält. Ja, es ist die Anklage noch schwankender als die Beschwerdeschrift im thatsächlichen Vortrage, da in der Anklage nicht bestimmt behauptet wird, daß alle Beschwerdeführer dem J. D. die Stimmen gegeben hätten, sondern darin nur gesagt wird: dem J. D. oder doch nicht dem L. Sch. Wenn gleich nunmehr nur drei von den siebenzig Beschwerdeführern den Beschuldigungsproceß betreiben, so haben doch Alle ihr gemeinschaftliches Interesse an der Verfolgung der Wahlcommission zu laut und offen an den Tag gelegt, als daß man irgend einem von ihnen ein unparteiisches Zeugniß in der Sache zutrauen könnte. Sie sind als Zeugen in eigener Sache zu betrachten, und darum verwerfliche Zeugen.

Was nun noch die übrigen gleichfalls als Zeugen (jedoch nicht namentlich) aufgeführten Wähler und zwar noch stärker an der Zahl als die Beschwerdeführer betrifft, so wird in der Anklageschrift selbst von ihnen gesagt, daß sie dem L. Sch. oder einem Andern die Stimmen gegeben hätten. Damit gestehen die Ankläger, daß jene größere Zahl von Wählern nicht nur nicht dem J. D. die Stimmen gegeben habe, sondern daß sogar L. Sch. oder ein Anderer die Stimmen bekommen habe. Diese Erklärung von Seiten der Ankläger selbst aber widerlegt sogar ihre Behauptung, daß J. D. mehr Stimmen als L. Sch. erhalten habe, und daraus schon erklärt sich die Unrichtigkeit ihrer Schlußfolgerung, wornach die Wahl des L. Sch. auf einer Fälschung des Wahlprotokolls beruhen solle. Die Abhör dieser Zeugen ist daher aus einem materiellen Grunde, der offenbaren Unerheblichkeit des von ihnen verlangten Zeugnisses, unstatthaft.

(Schluß folgt).

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Im Verlage des Unterzeichneten ist erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Prozeß-Ordnung

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

für das

Großherzogthum Baden.

Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte erläutert

von

Wilhelm Thilo,

großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.

Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 24. Karlsruhe den 17. Juni 1843.

Der Beschuldigungsproceß (processus denunciat.) nach dem badischen Strafgesetze (§. 8 des Edicts) dargestellt in einem Rechtsfalle und mit kritischer Rücksicht auf eine Abhandlung in den Annalen Jahrgang 1841. Nr. 7.

(Schluß).

Als ein Haupthinderniß endlich steht der Zulässigkeit des Zeugenverhörs

5) das Gesetz über die Gemeindewahlen vom 3. August 1837 (Regierungsblatt Nr. 8) entgegen, worin §. 8 mit dürren Worten verordnet ist: „die Wahl der Gemeinderäthe geschieht, wie jene des Bürgermeisters, in allen Gemeinden durch geheime Stimmgebung.“

In den Motiven zu diesem Gesetz wurde in dieser Beziehung bemerkt, daß sie — die geheime Stimmgebung — einem im Jahr 1835 gefaßten Beschlusse entspreche, und auf der Betrachtung beruhe, daß durch diese Maasregel den unlautern Einwirkungen sicherer begegnet und eine aufrichtigere Wahl erreicht werde.

Mit dieser Vorschrift der geheimen Stimmgebung läßt sich kein richterliches Zwangsrecht gegen die Wähler zur Offenbarung ihrer Stimmen vereinbaren, insbesondere auch nicht ein Recht der Criminaljustiz, die Wähler zum eidlichen Zeugniß über ihre Wahl nur aufzufordern, viel weniger mit Zwang anzuhalten. Aber auch abgesehen von der Frage des Privatrechts des Wählers zur Verweigerung seiner Offenbarung der Stimme, so ist doch auf jeden Fall die Betrachtung entscheidend, daß das Gesetz, welches die Geheimhaltung der Wahlstimmen verordnet hat, im Interesse der öffentlichen Ordnung und des Gemeinwohls erlassen worden ist, gegen welches auch die Strafgewalt sich keinen Verstoß erlauben darf, selbst nicht in dem Fall, daß sonst ein Verbrechen nicht entdeckt und bestraft werden könnte. Das Strafrecht steht nicht über den andern Rechten der Staatsgewalt, sondern ist nur ein coordinirter Theil des öffentlichen Rechts, und es würde der Staatsordnung zuwider sein, Mittel zur Ausübung der Strafgewalt anzuwenden, welche nach Bestimmungen aus andern Zweigen der Gesetzgebung nicht erlaubt sind. So wie der Zweck überhaupt die Mittel nicht heiligt, so kann auch der Zweck der Strafjustiz die Anwendung eines unerlaubten (schlechten) Mittels zur Erreichung desselben in einem gegebenen Falle nicht rechtfertigen. Ein unerlaubtes Mittel wäre es aber gewiß, die Wähler zur Veröffentlichung ihrer Stimmen vor Gericht und noch dazu mit Eidesleistung aufzufordern, deren Geheimniß im Gesetze geboten ist. Wenn auch nicht gerade der Umfang dieses Geheimnisses in Beziehung auf die dazu verpflichteten Personen, und die Dauer der Verpflichtung, so wie auch die Folgen der Uebertretung im Gesetze nicht näher bestimmt sind, insbesondere auch keine Strafe auf den Fall der Uebertretung gedroht ist; so kann aus all diesen Unbestimmtheiten doch nicht die Befugniß irgend einer Staatsbehörde gefolgert werden, die Veröffentlichung der einzelnen Wahlstimmen zu fordern. Es möchte zwar erscheinen, daß die gebotene Geheimhaltung der Stimmgebung nur auf die Zeit der Wahlhandlung beschränkt sei, allein, da die Gesetze nicht blos für einen Fall gegeben werden, sondern für alle künftige Fälle, so lange es besteht, und da solche Wahl-Erneuerungen und Ergänzungen sehr häufig sich widerholen, so würde unverkennbar die erklärte Absicht des Gesetzgebers wenig oder gar nicht erreicht werden, wenn die Wähler wüßten, daß sie über kurz oder lang nach der Zeit des Wahlacts von einer Staatsbehörde dürf-

Digitized by Google

ten aufgefordert werden, ihre Stimme zu offenbaren und noch dazu mit Eidesleistung. Nicht einmal eine Controlle, des Wahlacts darf in anderer Weise statt finden, als sie im Gesetze vorgeschrieben ist. Das erwähnte Gesetz vom 3. August 1837 enthält hierüber keine Bestimmungen, bemerkt aber am Schlusse (§. 9.), daß alle Vorschriften der Gemeinde-Ordnung von 1831, welche später nicht aufgehoben oder abgeändert worden, in Kraft bleiben. Die nähere Vorschrift und Anleitung über die Wahl der Gemeinderäthe ist in §§. 25 — 31 der Gemeinde-Ordnung und in Nr. 4. der angehängten Formulare enthalten. In letztern ist besonders ersichtlich, daß die Controlle der Wahlhandlung eigentlich darin besteht, daß der Bürgermeister, welcher die Wahl vorzunehmen hat, außer dem Rathschreiber als Protokollführer das älteste und jüngste Mitglied des Gemeinderaths als Urkundspersonen zuziehen muß, welche gleichzeitig mit der Protokollführung des Rathschreibers die Stimmen der Gewählten aufzuzeichnen und nach vorausgegangener Vergleichung und Uebereinstimmung ihrer Aufzeichnungen mit dem Protokoll solches mit zu unterschreiben haben.

Da nach der Gemeinde-Ordnung die Wahl der Gemeinderäthe nicht durch Stimmzettel sondern durch mündlichen Vorschlag („Er schlägt vor: sagt das Formular) geschah, so konnte natürlich auch nichts über die Art und Weise im Formular gesagt werden, wie mit den Stimmzetteln nach dem Wahlact verfahren werden solle." Wohl aber ist die Vorschrift des Verfahrens mit den Stimmzetteln im Formular Nr. 1. in Betreff der Bürgermeister-Wahlen zu ersehen. Nach dieser Vorschrift hat das Verbrennen der Stimmzettel sogleich, nachdem von der Wahlkommission das Resultat der Stimmgebung gezogen und das Protokoll vorgelesen und unterzeichnet worden, zu geschehen, und erst alsdann soll der Bürgerschaft (die wieder hereingetreten ist) das Wahlergebniß bekannt gemacht werden.

Diese Vorschrift über die Art und Zeit der Vernichtung der Wahlzettel findet nunmehr auch bei den Wahlen der Gemeinderäthe Anwendung, da im letzten Gesetze (v. J. 1837) die frühere Wahlart durch „Vorschlagen" abgeändert und in geheimer Stimmgebung durch Wahlzettel verwandelt worden ist. Aus dieser Darstellung ergiebt sich zugleich, daß die mit dem Wahlergebniß unzufriedenen Bürger, welche nachher die Giltigkeit der Wahl angefochten haben, nicht befugt waren, die Aufbewahrung und Einsicht der Wahlzettel von der Wahlcommission zu verlangen, und daß der Beschluß der höhern Administrativ-Behörde, wodurch die Wahl für nichtig erklärt worden, wenigstens aus dem angeführten Entscheidungsgrunde nicht gerechtfertigt erscheint, da dieser mit der erwähnten Gesetzes-Vorschrift und Absicht nicht im Einklange steht.

Die Beschwerdeführer, beziehungsweise Ankläger hatten daher so wenig Grund, die stattgehabte Wahl anzufechten als wenig sie erhebliche und zuläßige Beweismittel aufbringen konnten, um ihrer Anklage wegen Wahlfälschung Eingang bei dem Richter zu verschaffen.

Donsbach.

II.

Hat der Aussteller gegen den Acceptanten die Wechselklage?

(Bejaht).

In Nr. 20 der Annalen von 1842 wird diese Frage trotz der entgegenstehenden Urtheile der beiden Gerichte verneint. Ich will versuchen, die dort entwickelten Gründe zu widerlegen, und die Ansicht zu rechtfertigen, daß die Wechselklage des Ausstellers gegen den Acceptanten begründet ist.

1) Der Bezogene, welcher einen Wechsel annimmt, verpflichtet sich dadurch, diesen an den Remittenten oder an dessen Rechtsfolger zu zahlen. Wem wird dieses Versprechen geleistet? Beachten wir, daß in dem Wechsel der Auftrag von dem Aussteller an den Bezogenen gegeben wird, die Wechselsumme an den Remittenten oder dessen Ordre zu zahlen, so dürfte Nichts näher liegen, als die Unterstellung, der Bezogene mache sich durch die Annahme verbindlich, den ihm ertheilten Auftrag auszuführen. In der Ertheilung und Annahme des Auftrags liegt ein Verträgs-Abschluß zwischen dem Trassanten und Trassaten, Art. 1984, der den letztern zur Vollziehung des übernommenen Geschäfts oder zur Entschädigung im Fall der Nichtvollziehung, Art. 1991, verbindlich macht. Der Trassant ist daher derjenige, dem gegenüber der Trassat sich mittelst der Annahme verbindlich macht, zu zahlen. Ist dies richtig, so hätte der Trassant schon nach dem Civilrecht die Klage auf Vollziehung oder Entschädigung. In dem erwähnten Aufsatz wird aber gerade bestritten,

Digitized by Google

daß der Bezogene sich durch die Annahme dem Trassanten verbindlich mache, vielmehr übernehme er diese Verbindlichkeit nur dem Remittenten und den Indossataren gegenüber. Dagegen wird zugegeben, daß der Bezogene der Mandatar des Ausstellers ist; er sei durch die Worte des Wechsels

„und stellen solchen auf Rechnung"

angewiesen, die Wechselsumme, die er bezahle, dem Aussteller in Rechnung zu belasten, so daß entweder eine frühere Schuld an den Aussteller damit getilgt werde, oder eine andere Forderung an denselben erwachse. Hiernach handelt der Bezogene, indem er Zahlung leistet, im Auftrag des Ausstellers; geht nicht schon daraus hervor, daß er auch bei der Handlung, durch welche er sich zur Zahlung verpflichtet, als Mandatar erscheint, der sich seinem Mandanten gegenüber verpflichtet, das Mandat zu vollziehen? Man könnte einwenden, daß, wenn die Annahme ein dem Aussteller gegebenes Versprechen zum Vollzug des Auftrags enthalte, nur dieser aber kein Dritter daraus klagen könne. Dieser Einwurf wird durch Art. 1121 beseitigt, wonach man zum Vortheil eines Dritten Etwas bedingen kann. Aus diesem Geding entsteht für den Dritten durch Annahme des Vortheils dasselbe Recht, als habe er für sich selbst den Vertrag eingegangen. Wendet man diese Regel des Landrechts auf das vorliegende Rechtsverhältniß an, so wird man finden, daß der Wechsel-Inhaber, der bei dem Bezogenen die Annahme nachsucht, eben dadurch seinen Willen erklärt, den bedungenen Vortheil sich zu eigen zu machen, daß er also nach vollzogener Annahme daraus Klagrecht hat.

Wenn nun auch nach dem Civilrecht der Aussteller wider den Bezogenen aus der Annahme eines Wechsels Klagrecht hat, so geht doch dieses nur dahin, daß der Bezogene den Wechsel an den Remittenten zahle oder daß er wegen Nichtzahlung Entschädigung leiste. Der erste Antrag hätte für den Aussteller nicht den gewünschten praktischen Erfolg. Denn wenn er, weil der Wechsel protestirt wurde, dem Inhaber den Wechsel-Betrag sammt Unkosten ersetzen mußte, so wird er nicht den Antrag stellen wollen, daß der Bezogene abermals an den Remittenten zahle. Geeigneter wäre der Antrag auf Entschädigung, indem der Bezogene verurtheilt werden müßte, den ganzen Schaden zu ersetzen, der dem Aussteller durch Nichtzahlung des Wechsels entstanden ist. Art. 1142, 1991. Dieser Schaden umfaßt die ganze Summe, zu deren Zahlung der Aussteller in Folge der Nichtzahlung des Wechsels verbunden ist, mithin den ganzen Betrag der Rückrechnung. Art. 181 des Handelsrechts.

2) Die Klage des Ausstellers gegen den Bezogenen, der acceptirt hatte, läßt sich übrigens noch in anderer Weise begründen. Aussteller und Indossanten haften nämlich dafür, daß der Bezogene den Wechsel bei Verfall zahlen werde, Art. 118 des Handelsrechts. Sie sind, wie der französische Text sagt, garants solidaires d. h. sammtverbindliche Bürgen. Der Bezogene ist der Hauptschuldner, an den der Wechselinhaber zunächst die Zahlung fordern muß, Pardessus, Cours de droit commercial. Nr. 376, und erst wenn dieser die Zahlung verweigert, und über diese Weigerung eine öffentliche Urkunde (der Absagschein) aufgenommen ist, kann wider die sammtverbindlichen Bürgen geklagt werden. A. 164. Wird nun Einer der Bürgen, sei es nun der Aussteller oder ein Indossant von dem Gläubiger in Anspruch genommen, so hat er schon nach dem Civilrecht den Rückgriff auf den Hauptschuldner, Art. 2032, um so mehr aber, wenn er gezahlt hat. Art. 2028. In diesem Fall tritt er sogar in die Rechte des Gläubigers. Art. 2029, und kann dieselbe Klage gegen den Bezogenen anstellen, welche dem Wechsel-Inhaber zustand. Vergl. Annalen von 1841. S. 148, von 1842. S. 334 und 335.

Uebereinstimmend mit diesen dem Civilrecht entnommenen Bestimmungen sind die Regeln, welche das Handelsrecht über die Klage auf Gewährleistnng aufstellt. Nach Art. 164 kann der Wechsel-Inhaber diese Klage gegen die Indossanten und gegen den Aussteller zusammen oder gegen jeden Einzelnen anstellen. Klagt er gegen Einen oder den Andern, so hat dieser den nämlichen Rückgriff gegen seine Vormänner. Art. 167. Hat er aber diesen Rückgriff versäumt, so kann er dennoch gegen den Bezogenen klagen, Art. 170. Wenn nun der Fall eintritt, daß der Aussteller, entweder weil er belangt wurde oder aus freien Stücken, einen protestirten Wechsel bezahlt hat, und ihm dieser vom Inhaber ausgehändigt wurde, so ist er selbst rechtmäßiger Wechsel-Inhaber und hat daher das in Art. 170 §. 2 gestattete Klagerecht wider den Bezogenen.

3) Endlich läßt sich auch aus Art. 1251 Nr. 3 die Klage des Ausstellers wider den Bezogenen rechtfertigen, wie das Gr. Hofgericht des Unterrheinkreises in dem

Digitized by Google

Nr. 20 der vorjährigen Annalen erzählten Fall entschieden hat. Dieser Artikel enthält in der That auch die allgemeine Regel, der oben berührte Art. 2029 nur dessen Anwendung auf das Verhältniß zwischen Schuldner und Bürgen.

Boileux, Commentaire. ad art. 1551.

In dem Eingangs erwähnten Aufsatze wird die Begründung der Klage aus Art. 1251 Nr. 3 aus mehreren Gründen bestritten:

a. weil der Aussteller weder mit noch für den Bezogenen hafte, vielmehr Jeder für sich den Wechsel zu zahlen verbunden sey. Auch der Grund ihrer Verbindlichkeiten sei verschieden; der Bezogene hafte wegen der Annahme des Wechsels, der Aussteller weil er versprochen, daß der Bezogene annehmen und zahlen werde.

Aber gerade das Wesen des Versprechens des Ausstellers, welches eben nur darin besteht, daß der Bezogene eine Zahlung leisten werde, macht ihn verbindlich, für diesen einzustehen, und die Zahlung für ihn zu leisten, falls er sie verweigert. Ausführlicher ist dieses besprochen in den Annalen von 1842 S. 334 und f. Auch sagt Art. 118 des Handelsrechts vom Aussteller, er sey garant solidaire, d. i. sammtverbindlicher Bürge. Gegen ihn findet die action en garantie d. i. die Bürgschaftsklage statt. Art. 164 u. f. Wenn nun auch der Aussteller und der Bezogene aus verschiedenen Rechtsgeschäften haften, so haften sie doch für dieselbe Verbindlichkeit, gerade so wie der Hauptschuldner und der Bürge aus verschiedenen Rechtsgeschäften aber für die nämliche Schuld verhaftet sind. In einem solchen Fall ist Art. 1251 Nr. 3 anwendbar.

b. Es wird ferner behauptet, daß der zahlende Hauptschuldner in die Rechte des Gläubigers eintreten, und daher den Rückgriff wider den Bürgen haben würde. Dem steht aber die Rechtsregel Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio entgegen. Wenn nämlich der Verkäufer, weil er Erbe des wahren Eigenthümers der verkauften Sache wurde, die Eviktionsklage gegen den Käufer anstellen wollte, so steht ihm die Einrede entgegen, daß er selbst für die Eviktion haften muß.

Zachariä, französisches Civilrecht. §. 355. nota 26.

Nach demselben Grundsatze sagt Art. 1216, daß, wenn das Geschäft, für welches mehrere Personen eine Sammtverbindlichkeit übernahmen, nur Einen der Sammtschuldner angehe, dieser in Beziehung zu seinen Mitschuldnern als Hauptschuldner, die andern nur als Bürgen zahlen. Man kann daher den Art. 1251 Nr. 3 trotz seiner allgemeinen Fassung nur so verstehen, wie er in Uebereinstimmung mit andern Stellen des Gesetzbuchs und mit der Natur des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts bestehen kann. Uebrigens hat der Bezogene, der einen Wechsel zahlt, den Rückgriff wider den Aussteller, aber keineswegs weil er Mitschuldner des Ausstellers ist, sondern aus Art. 1999 weil er Auslagen für seinen Mandanten gemacht hat.

c. Es wird ferner behauptet, der Wechsel-Inhaber, der den Rückgriff wieder den Aussteller nehme, verzichte eben dadurch auf die Klage gegen den Bezogenen; der Aussteller könne daher nicht in die Rechte des Inhabers, nachdem dieser verzichtet habe, eintreten.

Aber jener Vordersatz ist gänzlich unrichtig. Der Wechsel-Inhaber kann vielmehr, auch wenn er mit seiner Klage gegen den Aussteller abgewiesen oder wenn dieser zwar verurtheilt wurde, aber keine Zahlungsmittel besitzt, auf den Bezogenen, der acceptirt hatte, greifen. Art. 170 §. 2 des Handelsrechts. Er kann sogar, wenn der Bezogene nicht acceptirt, aber Deckung hatte, wider ihn auf Herauszahlung der Deckung klagen. Art 1166.

Pardessus, Cours de droit commercial. Nr. 416.

Annalen von 1842. S. 338. §. 8.

d. Endlich wurde behauptet, das rechtliche Verhältniß zwischen dem Trassanten und Trassaten erlösche, wenn der Trassant den Wechsel einlöse. Der Trassant könne daher kein Klagrecht wider den Trassaten haben. Aber auch hierin kann ich dem Verfasser des Aufsatzes in Nr. 20 der Annalen von 1842 nicht beistimmen. Der Mandatar ist nach Art. 1991 verbunden, den erhaltenen und von ihm übernommenen Auftrag zu vollziehen, oder wegen dessen Nichtvollziehung Entschädigung zu leisten. Wenn demnach der Trassat einen Wechsel aceptirt, aber gleichwohl nicht bezahlt, und eben darum der Aussteller den Wechselbetrag sammt Kosten an den Inhaber ersetzen muß, so dürfte wohl der Bezogene für schuldig gehalten werden müssen, den aus der Nichtvollziehung des angenommenen Auftrags für den Trassanten entstandenen Schaden zu ersetzen. Nichts aber rechtfertigt die Behauptung, daß der Auftrag dann erlösche, wenn der Beauftragte ihn nicht vollzieht. Dieser Meinung liegt wahrscheinlich eine Verwechslung mit dem Fall zu Grund, wenn der Aus-

Digitized by Google

steller einen Wechsel außer Cirkulation setzt, d. h. wenn er ihn bei dem Inhaber einlöst, und ihn vernichtet. Dies kommt gewöhnlich nur bei nicht acceptirten Wechseln vor, wenn z. B. der Aussteller erfährt, das der Bezogene nicht acceptiren werde, oder wenn der Bezogene seine Schuld an den Aussteller in anderer Weise vor der Verfallzeit des Wechsels bezahlt.

Es dürfte daher das Klagerecht des Ausstellers gegen den Bezogenen, der accepirt hat, begründet seyn, und ebensowohl im Exekutiv-Proceß, wofern der Wechsel selbst an keinem Mangel leidet, wie im ordinären Proceß geltend gemacht werden können.

Dr. Ladenburg.

III.

Entscheidungen in Wechselsachen.

(Werth erhalten).

In den Annalen von 1841 S. 64 ist eine Entscheidung des Großherzoglichen Oberhofgerichts mitgetheilt worden, wonach der Ausdruck „Werth erhalten" in einem Wechsel den Wechselvertrag nicht ungültig mache, der Inhaber vielmehr zum Beweis, daß und wie der Werth berichtigt worden, zuzulassen sei.

Diese Entscheidung war im ersten Senat erlassen worden, der zweite Senat hat dagegen in der Sache Jäger gegen Kleb die Gewährleistungsklage verworfen.

Dieser Fall war von dem vorigen nur darin verschieden, daß der Wechsel von Handelsmann Kleb an eigene Ordre gestellt, und dann erst an einen Dritten mit dem Ausdruck „Werth erhalten" indossirt war. Es wurde in den Entscheidungsgründen ausgeführt, daß der Inhaber wegen des mangelhaften Indossaments nicht Eigenthümer des Wechsels, sondern nur Bevollmächtigter des Ausstellers geworden sei. Art. 138 des Handelsrechts. Mir scheint diese Entscheidung unrichtig, weil ein Wechsel, der an eigene Ordre gestellt ist, erst durch Indossirung vervollständigt wird, und eben darum auch das Indossament als integrirender Theil des Wechsels selbst gelten muß.

Vergl. *Pardessus.* Cours du droit commercial. Nr. 339.

La lettre de change peut être à l'ordre du tireur, mais elle n'est réellement parfaite qu'au moment, où il l'a transmise par un endossement. Iusque l'a il n'y a point de contrat, car le tireur ne peut négocier avec lui même: c'est l'endossement, que rend la lettre parfaite; et même comme il ne fait qu'un tout avec le texte de la lettre, il peut suppléer au défaut de date, qu'elle ne contiendrait pas.

s. Thilo 3ter Band. ad art. 110. Nr. 18.

Sirey. Tome 14 p. 1 S. 195.

– – 26 – 2 – 131.

Lócré. Esprit du code de commerce. ad art. 110 Nr. 7.

Broicher und Grimm ad art. 110 Nr. 17.

Demnach ist die in dem Indossament enthaltene Werthangabe so anzusehen, als sei sie in dem Wechsel selbst enthalten. Ist die Werthangabe unvollständig, so ist nicht Art. 138 des Handelsrechts, sondern Art. 1132 des Civilrechts zur Anwendung zu bringen, mithin nicht der Wechselvertrag als ungültig zu betrachten, sondern der Inhaber zum Beweis, wie der Werth berichtigt worden sei, zuzulassen.

Zachariä, franz. Civilrecht. 4te Auflage §. 344.

Die entgegenstehende Ansicht führt zu einer auffallenden Ungerechtigkeit:

Der Aussteller eines Wechsels, der von seinem Remittenten den Werth erhalten, aber nicht dafür gesorgt hat, daß der Bezogene den Wechsel bei Verfall zahlt, würde den erhaltenen Werth einzig und allein darum in die Tasche stecken, und sich auf Kosten seines Contrahenten bereichern können, weil er gegen die Vorschrift des Gesetzes gefehlt hat. Dies konnte unmöglich der Gesetzgeber beabsichtigt haben, als er in dem Art. 110 des Handelsrechts vorschrieb, der Wechsel solle die Werthangabe enthalten. Er wollte vielmehr den böswilligen Schuldner verhindern, durch Ausstellung von Wechseln an dritte Personen seine Gläubiger zu prellen,

Lócré. Esprit du code de commerce ad art. 110 Nr. 3.

Pothier. Traité du contract de change Nr. 34.

wiewohl auch dieser Zweck sehr unvollständig erreicht wird, indem durch den Ausdruck „Werth in Rechnung" jede Nachforschung eben so sehr erschwert ist, wie bei dem Ausdruck „Werth erhalten."

Wenn nun der Aussteller der Vorschrift des Gesetzes nicht genügt, und den verpönten Ausdruck „Werth erhalten" gebraucht, so müßte ihn wohl dafür ein Nachtheil treffen, aber keineswegs kann ihm die Prämie zu Theil werden, daß er, im Fall der Wechsel protestirt wird, der Gewährleistungsklage nicht unterliegt. Das würde

Digitized by Google

so viel heißen, als schlechte Leute auffordern, Wechsel in dieser Form auszustellen, und damit ehrliche Leute zu prellen.

Man kann auch nicht sagen, der Wechselinhaber büße die Folgen seiner eigenen Unvorsichtigkeit, indem er einen solchen Wechsel nicht hätte annehmen, oder wenigstens den Werth dafür nicht zahlen sollen. Denn war dies auch ein Mangel an gehöriger Vorsicht oder häufiger Mangel an Gesetzeskunde, so ist er doch nur in culpa, während der Aussteller, welcher diesen Fehler benutzt, um sich auf Kosten des Andern zu bereichern, in dolo ist.

Unser Gesetz hat aber gerade im Wechselrecht auf's klarste beurkundet, wie es ganz und gar nicht gewillt ist, zuzugeben, daß die Fehler des Einen dazu dienen sollen, den Andern zu bereichern. Zum Beweise dient Art. 170 des Handelsrechts, wonach der Wechselinhaber sein Klagrecht gegen den Aussteller nicht etwa dadurch verliert, daß er den Protest versäumt hat, wiewohl er in diesem Fall ganz allein in culpa ist. Der Aussteller darf daraus keinen Vortheil ziehen, er haftet wegen Nichtzahlung des Wechsels, wenn er nicht beweist, daß er dem Bezogenen den Wechselbetrag übermacht hat, in welchem Fall dieser auf Zahlung belangt werden kann. Ein anderes Beispiel enthält Art. 171 des Handelsrechts: Der Wechselinhaber soll nämlich, auch wenn er die Fristen für den Protest oder für die Gewährleistungsklage versäumt hat, gleichwohl gegen den Indossanten klagen können, der durch Rechnung oder auf andere Weise die zur Zahlung des Wechsels bestimmten Gelder erhalten hat. Der Gesetzgeber will demnach nicht, daß Jemand sich durch den Fehler des Andern bereichere; er kann daher um so weniger denjenigen begünstigen wollen, der aus seiner eigenen Nichtachtung der Gesetze Vortheil ziehen will.

Nehmen wir aber auch mit dem zweiten Senat an, es sei die Gewährleistungsklage (l'action en garantie) gegen den Aussteller aus einem solchen Wechsel nicht begründet, weil der Wechselinhaber nur Bevollmächtigter des Ausstellers sei, so muß doch dieser nach civilrechtlichen Vorschriften verbunden sein, dasjenige, was er von seinem Bevollmächtigten in der Erwartung, der Wechsel werde bezahlt werden, erhalten hat, wieder zurückzugeben. Diese Ansicht läßt sich schon durch Art. 1135 rechtfertigen, da man es gewiß der Billigkeit angemessen finden wird, daß, wenn Jemand auf den Grund einer zur Gelderhebung erhaltenen Vollmacht den zu erhebenden Betrag seinem Mandanten im Voraus bezahlt hat, dieser den erhaltenen Betrag zurückzahlen muß, wenn die Vollmacht nicht honorirt wird. Auch Art. 1999 läßt sich analogisch zur Anwendung bringen. Der Mandatar hat nämlich eine Auslage gemacht in der Voraussetzung, daß er den Betrag bei dem Bezogenen zurück erhalten wird. Wenn aber dieser nicht zahlt, so muß der Mandant, wofern dem Mandatar kein Versehen zur Last gelegt werden kann, diesem die gemachten Auslagen nebst Zinsen (Art. 2001) und Protestkosten zurückersetzen.

Ein Beispiel wird vielleicht die Sache noch anschaulicher machen. Es läßt sich Jemand von einem Banquier einen Creditbrief auf einen andern Banquier in einem entfernten Orte geben, zahlt aber den Betrag des ihm eröffneten Credits im Voraus, was in allen den Fällen vorkömmt, da der Banquier dem Creditnehmer den Betrag nicht borgen will. Es ist nun möglich, daß der Creditbrief nicht honorirt wird, oder daß der Besitzer des Creditbriefs keinen Gebrauch von dem ihm eröffneten Credit macht, soll er dann nicht den im Voraus bezahlten Betrag zurückfordern können? Das römische Recht gibt in solchem Fall die condictio caussa data, caussa non secuta oder die condictio sine caussa So sagt l. 1 §. 2 D. 12. 7: Sive ab initio sine caussa promissum est, sive fuit caussa promittendi, quae finita vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore. Ferner l. 4 eodem: Nihil refert, utrumne ab initio sine caussa quid datum sit, an caussa, propter quam datum, secuta non sit. Es sind dort mehrere Beispiele angeführt, worunter ich dieses hervorhebe: Ein Vater gibt dem Bräutigam seiner Tochter die für dieselbe bestimmte Mitgift; die Heirath kommt aber nicht zu Stande, condictionem patri competere, Marcellus ait.

l. 6 §. 1 D. 12. 4.

l. 7. 8. 9 ibidem.

Ein anderes Beispiel: Jemand erhält Kleider zum Ausbessern, verliert sie aber und zahlt daher dem Eigenthümer deren Werth. Nachher werden sie diesem zurückgebracht. Putamus (pretium) condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine caussa datum videtur.

l. 2 D. 12. 7.

Digitized by Google

Nach dem nämlichen Grundsatz dürfte wohl überhaupt die Rückgriffsklage des Wechselinhabers gegen den Indossanten in den Fällen, da das Indossament nicht den Vorschriften des Art. 137 entspricht, und daher das Eigenthum des Wechsels nicht überträgt, zu beurtheilen sein. Wenn nämlich der Wechsel nicht bezahlt wird, und daher der Inhaber genöthigt ist, seinen Indossanten zu belangen, so ist es gar nicht selten, daß dieser auf irgend einen Mangel des Indossaments sich stützend, die Einwendung macht, Kläger habe kein Klagrecht, weil er nach Art. 138 nur Bevollmächtigter sei, und daß die Gerichte auf diese Einwendung hin den Kläger abweisen. Ich glaube dagegen, daß wofern der Kläger behauptet, den Werth bezahlt zu haben, oder wofern er einen Wechsel mit der Klage vorlegt, aus dessen Inhalt sich diese Thatsache ergibt, wenn auch nur mit dem Ausdruck „Werth erhalten" indossirt wurde, durch Ausübung des Fragerechts von dem Kläger zu erheben ist, auf welche Weise er den Werth berichtigt hat, hierauf demselben der Beweis darüber nachzulassen ist, und insofern dieser Beweis geführt wird, der Beklagte zur Herauszahlung des Empfangenen nebst Zinsen vom Verfalltage des Wechsels und Protestkosten zu verurtheilen ist. Denn der Inhaber hat den Werth des Wechsels bezahlt, weil ihm eine Vollmacht zur Erhebung des Wechselbetrags bei dem Bezogenen gegeben wurde. Wird aber der Wechsel nicht bezahlt, so tritt der Fall ein, von welchem die römischen Juristen sagen: caussa non secuta est, der hingegebene Werth muß daher zurückbezahlt werden.

Manche französische Gerichtshöfe haben sogar entschieden, daß wenn der Werth bezahlt wurde, nicht ein bloßer Einzugsauftrag, sondern ein wirklicher Uebertrag stattgefunden habe.

Sirey. Bd. 32 p. 2 S. 28.
- 28 p. 2 - 57.
- - p. 1 - 233.
- 27 p. 1 S. 19.
Dalloz. Bd. 26 p. 1 S. 62.
- - p. 2 - 35.
- 25 p. 1 S. 42.
Thilo ad art. 138 Nr. 6. 8. 9. 10.

Diese Ansicht, wiewohl dem Art. 1156 entsprechend, widerstreitet gleichwohl dem Art. 138, der als lex specialis eine Ausnahme von der allgemeinen Regel statuirt. Es sind daher auch viele Urtheile im entgegengesetzten Sinn ergangen

vergl. Thilo ad art. 138 Nr. 76. 12. 20. 21. 24. 43.

Diese Ausführung bezieht sich übrigens nur auf das Verhältniß zwischen dem Aussteller und dem Remittenten oder zwischen dem Indossanten und dem Indossatar.

Es kommen aber häufig auch Fälle vor, da derjenige, welcher mittels eines unregelmäßigen Indossaments Wechselinhaber wurde, nicht seinen unmittelbaren Indossanten, sondern dessen Vormänner oder den Aussteller belangt. Hierüber s. Broicher und Grimm ad art. 138.

Dr. Ladenburg.

IV.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

1) Verliert der Gläubiger, welcher sich in die Gant seines Schuldners dem Nachlaßvergleich der Kreditorschaft anschließt, dadurch sein Recht gegen die sammtschuldnersche Ehefrau des Gantmanns?

2) Lebt der durch solchen Vergleich getilgte Schuldbetrag durch eine bloße Schuld- und Zinsberechnung, die der Gantmann später mit seiner Ehefrau unterzeichnet, auch in Beziehung auf ihn wieder auf?

(Nathan Levi Burger gegen die G. Becherersche Eheleute ꝛc. w. folg.)

Urtheil.

Das Erkenntniß des Bezirksamts Kenzingen vom 9. März 1842 besagend:

„die Beklagten seien schuldig und in solidum verbunden, den eingeklagten Darleihensrest von 238 fl. 45 kr. zu 5 Procent verzinslich seit Weihnachten 1839 binnen drei Wochen bei Zugriffsvermeidung an den Kläger zu bezahlen, und alle Kosten zu tragen, beziehungsweise zu ersetzen",

sei rücksichtlich der beklagten appellantischen Ehefrau zu bestätigen, rücksichtlich des G. Becherers aber dahin abzuändern, daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sei.

An den Kosten beider Instanzen habe Kläger Appellat 1/3, die appellantische Ehefrau 2/3 zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Das Begehren des Klägers, wornach der Unterrichter erkannt hat, ist darauf begründet:

Digitized by Google

1) Daß Gerber Georg Becherer Appellat protokollarischen Anerkenntnisses vom 29. November 1833 jenem aus Anlehen die zu fünf Procent verzinsliche Summe von 250 fl. zahlbar in zwei Zielern an Martini 1834 und 1835, schulde, und dessen Ehefrau dafür die Sammtverbindlichkeit übernommen habe; und 2) daß, da die Zahlung zur Verfallzeit nicht erfolgt sei, am 27. Dezember 1836 zwischen dem Bevollmächtigten des Klägers, Abraham Weil, und den Bechererschen Eheleuten eine Schuld- und Zinsberechnung aufgestellt worden sei, wornach auf Abschlag einer Zahlung von 25 fl. von 280 fl. (inclus. 30 fl. Zins) noch 255 fl. im Rückstand geblieben seien, welche die Bechererschen Eheleute in einer Urkunde vom 27. Dezember 1836, und zwar die Ehefrau unter abermaliger Sammtverbindlicherklärung, neuerlich in 4 Jahresterminen zu zahlen versprochen haben, daß aber auf die in der Klage näher berechnete Weise daran noch 238 fl. 45 kr. im Rückstand haften.

Jener erste Grund ward von den Beklagten zugegeben, aber einwendend entgegengehalten, daß Kläger in den im Jahr 1835 abgeschlossenen Vergleich in der G. Bechererschen Gant, worin die Ehefrau des Gantmanns gegen Uebernahme der Gantmasse und Nachlaß von 80 Procent von Seite der Gläubiger sich verbindlich machte, den Gläubigern 20 Procent zu bezahlen, eingewilligt und — was nicht bestritten wird — sein Betreffniß auch erhalten habe, somit befriedigt sei. — Der zweite Grund wurde von den Beklagten widersprochen, und darauf weiter entgegnet, daß das behauptete Versprechen, soweit es die Vergleichssumme übersteige, rechtlich unverbindlich sein würde.

Sofern die Klage gegen Georg Becherer gerichtet ist, erscheint sie durch die Einrede des Vergleichs und der Zahlung entkräftet. Dadurch, daß Kläger sich dem in der Gant des G. Becherer abgeschlossenen Vergleich angeschlossen hat, wodurch die Ehefrau desselben die Gantmasse gegen die Verbindlichkeit, den Gläubigern 20 Procent ihrer Forderungen zu bezahlen, übernahm, ist das Forderungsrecht des leztern dem Georg Becherer gegenüber erloschen.

In Beziehung auf ihn erscheint darum auch der spätere Akt vom 27. Dezember 1836 nach dem Klagvortrag sowohl, als nach dem Gehalt der als ächt anerkannten Urkunde selbst ganz wirkungslos, weil eine Schuld- und Zinsberechnung ohne das Dasein einer rechtlich bestehenden Schuld keine rechtliche Bedeutung hat. Die Behauptung des Klägers, daß der Gantvergleich durch diese Urkunde vom 27. Dezember 1836 wieder aufgehoben worden sei, verdient keine Berücksichtigung, weil dies ausdrücklich in derselben hätte gesagt werden müssen, davon aber kein Wort darin enthalten ist. Hinsichtlich des beklagten Ehemanns ist somit die Beschwerde begründet und mußte daher der Kläger abgewiesen werden.

Sofern dagegen die Klage gegen dessen Ehefrau gerichtet ist, erscheint sie vorerst durch das Zugeständniß der im Jahr 1833 für die in Frage stehende Darlehensschuld übernommene Sammtverbindlichkeit als begründet und bewiesen, Landrechtsätze 1200. 1204, durch die Einrede des Vergleichs aber nicht beseitigt, weil der Vergleich nur in Beziehung auf das Recht des Gläubigers gegen den in Gant gefallenen Georg Becherer abgeschlossen worden ist, andere Betheiligte aber in einem solchen Falle den Vergleich nicht für sich benutzen können, Landrechtsatz 2051. Die Verbindlichkeit der beklagten Ehefrau wurde deßhalb durch diesen Vergleich nicht berührt, er enthält darüber ausdrücklich nichts, und gegen stillschweigenden Verzicht und Nachlaß streitet die Vermuthung. Landrechtsatz 784. Hinsichtlich ihrer hat daher auch die anerkannte Schuld- und Zinsberechnungsurkunde vom 27. Dezember 1836 ihren vollen Werth; und wenn gleich bei den abgerechneten Zahlungen in der Klage nicht angegeben ist, ob sie auf den verglichenen Schuldtheil des Ehemanns oder auf Rechnung des Antheils der Ehefrau geschehen seien, so kann dennoch der dadurch konstatirte Rest als die Restschuldigkeit der leztern angenommen werden, weil sie nach dem Begriffe der Sammtschuld für das Ganze haftet, und es bei der Uebernahme des Schuldtheils ihres Mannes für sie ganz einerlei ist, auf welchen Antheil die Zahlung abgerechnet wird: sie hat jedenfalls so viel zu zahlen, als der Kläger noch zur vollen Befriedigung zu fordern hat. Sie erscheint deßhalb auch durch den unterrichterlichen Bescheid nicht beschwert, und es mußte darum hinsichtlich ihrer das amtliche Erkenntniß bestätigt, wegen der Kosten aber nach §. 167. 170 der Proceßordnung wie geschehen, erkannt werden. Zentner.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des elften Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1843, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt. Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 25. Karlsruhe den 24. Juni 1843.

I.

Kann die in gesetzlicher Gütergemeinschaft lebende Ehefrau, wenn der Ehemann eine ihr gehörige Liegenschaft ohne ihre Zustimmung veräußert hat, diese Veräußerung während des Bestehens der Gemeinschaft, oder erst nach deren Auflösung anfechten, beziehungsweise die Liegenschaft von dem Dritten vindiciren?

In einem an das großherzogliche Oberhofgericht gelangten Rechtsstreit kam diese Frage zur Sprache, in dritter Instanz jedoch nicht zur Entscheidung, weil die Oberberufung als unzulässig verworfen ward. Das Amt hatte die auf Vindication der veräußerten Liegenschaft (eigentlich auf Wiederherstellung einer durch den Ehemann ohne Zustimmung der Frau mittelst Abtheilung aufgehobenen Gemeinschaftlichkeit einer Liegenschaft) gerichtete Klage zugelassen, das Hofgericht dagegen sie für zur Zeit (nämlich vor Auflösung der Ehegemeinschaft) unstatthaft erkannt.

In der französischen Jurisprudenz ist die Frage streitig. Die Mehrzahl der Rechtslehrer verneint sie, namentlich

Maleville ad art. 2256.

Toullier (belgische Ausgabe) Tom. VI. Nr. 400.

Duranton ad art. 1428.

Chardon traité des trois puissances, maritale, paternelle et tutelaire, Tom. I. Nr. 219.

Zachariä (4te Ausgabe) Band IV. §. 510 Note 3.

wogegen dieselbe bejaht wird von

Cubain traité des droits des femmes Nr. 227. 228.

und in einer mir nicht zu Gebot stehenden Schrift von Lebrun, und wogegen ferner die bejahende Meinung in einem bei Duranton l. c. Note 5 * und bei Paillet ad art. 1428 angeführten Urtheil des Gerichtshofs zu Gent vom 8. Juni 1838 adoptirt ist.

Die Gründe, welche für die verneinende Meinung angeführt werden, sind folgende:

1) die Frau habe, so lange die Gemeinschaft bestehe, kein Interesse, die Klage zu erheben; der Streit vor Auflösung der Gemeinschaft würde daher ohne Noth den Frieden der Ehe stören;

2) der Art. 2256 lasse in derartigen Fällen während der Ehe die Verjährung nicht gegen die Frau laufen, was gegen das Recht derselben zur Klagerhebung schließen lasse;

3) der Ehemann habe das Recht, über die, während der Dauer der Gemeinschaft von den eignen Gütern der Frau erfallenden Früchte zu verfügen, weßwegen letztere die Veräußerung jedenfalls nur in der Art würde anfechten können, daß die Wirkungslosigkeit der Handlung des Mannes erst mit dem Moment der Aufhebung der Gemeinschaft eintrete;

4) die Nachtheile der Anfechtung würden nicht auf den Erwerber des Grundstückes, sondern allein auf den Mann fallen, welcher den ersteren zu entschädigen habe;

5) die Commentatoren des Gewohnheitsrechts von la Rochelle und Paris, der Quelle des Code in diesem Punkte, Valin und de Ferrière, legten dieses im Sinne der verneinenden Meinung aus;

6) der Art. 1560, welcher in Ansehung der bewidmeten Ehe die Frage ausdrücklich verneine, gewähre eine Analogie für die gesetzliche Gemeinschaftsart.

Diesen Gründen ward von den Vertheidigern der andern Meinung entgegengehalten, beziehungsweise läßt sich entgegenhalten:

Digitized by Google

zu 1, die Frau habe allerdings, wenigstens in vielen Fällen, schon bei bestehender Gemeinschaft ein Interesse, den Act des Mannes annullirt zu sehen, denn es könne z. B. der Erwerber den veräußerten Wald abholzen, das erworbene Haus abbrechen u. dergl., während derselbe nach Auflösung der Gemeinschaft leicht unvermögend sein könne, den dadurch gestifteten Schaden zu ersetzen;

zu 2, dem Art. 2256 liege nicht schlechthin der Satz agere non valenti non currit praescriptio zum Grund, sondern wenigstens theilweise die Rücksicht, die Frau, wo sie gegen ihren Mann während der Ehe, wenn auch nur mittelbar, anzutreten aus Delicatesse Anstand nehme, nicht durch den Lauf der Verjährung dazu zu nöthigen; folglich spreche dieser Artikel keineswegs gegen das Recht der Frau, während der Ehe zu klagen;

zu 3, wenn auch die Frau die Veräußerung nur mit der hier bezeichneten Wirkung anfechten könne, so sei dieselbe durch das erlangte Erkenntniß doch gegen Veränderungen an dem Grundstück und gegen Verschlimmerungen desselben geschützt; indessen erscheine die Frau jedenfalls quoad dominium verletzt, und daher zur Anfechtung legitimirt und berechtigt; (es läßt sich hier hinzufügen, daß es sich, auch abgesehen von dem Gesagten, immer noch fragen dürfte, ob der Erwerber des Grundstücks, der mit dem Ehemann nicht über den Früchtegenuß während der Ehe allein contrahirte, und darüber allein zu contrahiren nicht Willens war, vielmehr ein Recht auf die Früchte nur als Folge aus der Erwerbung des Eigenthums geltend machen könnte, den Genuß des Grundstücks während der Ehe aus obigem Grunde dann noch ansprechen darf, wenn der Titel der Erwerbung selbst, in Folge der Klage der Frau, gerichtlich für nichtig erkannt worden ist;

zu 4, läßt sich erwiedern, daß das hier Gesagte die Frau etwa bestimmen mag, von ihrem Klagrechte überhaupt, oder wenigstens während der Ehe, keinen Gebrauch zu machen, — für die Streitfrage selbst, für die Frage nach dem Rechte der Frau, aber unerheblich ist;

zu 5, daß das Gewohnheitsrecht für die Verneinung der Frage spreche, ist nicht unbestritten; Lebrun läugnet es, wie man aus der angeführten Schrift von Chardon ersieht.

Zu 6. Cubain sucht der Analogie aus Art. 1560 dadurch zu begegnen, daß er auf die Verschiedenheit der Grundsätze über die Veräußerlichkeit der eignen Güter der Frau bei der gesetzlichen Gemeinschaft und bei der bewidmeten Ehe hinweißt (dort sind sie nämlich mit Zustimmung der Frau veräußerlich, hier unter keiner Voraussetzung), und darauf aufmerksam macht, daß, wenn das Gesetz bei der bewidmeten Ehe der Frau gestattet haben würde, die dennoch vorgenommene Veräußerung ihrer Liegenschaften während der Ehe anzufechten, der Proceß unter dem Einfluß des Mannes so hätte geleitet werden können, daß der Erwerber des Grundstücks ihn hätte gewinnen müssen, wo dann die Frau nach Auflösung der Ehe wegen der in Mitte liegenden res judicata sich nicht mehr hätte helfen können, die Absicht des Gesetzes also umgangen gewesen sein würde. Anders sei es bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft, wo die Frau die Veräußerung ihrer Liegenschaften durch den Mann während der Ehe, beliebig genehmigen könne. Hiegegen läßt sich übrigens erinnern, daß der Grund des Art. 1560 nicht der hier angeführte gewesen zu sein scheint, da die Motive zu diesem Artikel (Ausgabe von Poncelet Band I. S. 588) den Grund des ruhenden Klagerechtes der Frau darein setzen, daß dieselbe während der Ehe von ihrem Manne vertreten werde, und daß ihre vollen Eigenthumsbefugnisse erst nach Auflösung der Ehe wieder aufleben, was wohl eben so und noch mehr für die gesetzliche Gemeinschaftsart gelten müßte.

Man sieht aus dieser Gegenüberstellung der Gründe und Gegengründe, daß außer der Analogie des Art. 1560 wenig Erhebliches für die verneinende Meinung übrig bleibt, daß diese Analogie aber in Betracht, daß die Verhältnisse im Punkte der Streitfrage bei der gesetzlichen Gemeinschaftsart und bei der bewidmeten Ehe ziemlich gleich sind, ein gewichtvolles Argument bildet (Landrechtsatz 4 a).

Es dürfte indessen die bejahende Meinung den Vorzug verdienen.

Es ist Regel, daß derjenige, welcher durch die Handlung eines Dritten verletzt ist, das für ihn daraus entspringende Klagerecht sofort geltend machen kann, und es gilt diese Regel wohl unbestreitbar auch im Falle der ohne besondere Befugniß geschehenen Veräußerung der einem Dritten eigenthümlichen Sache (Art. 1599). Die hievon abweichende Vorschrift des Art. 1560 als eine Ausnahmsbestimmung auf ähnliche Fälle anzuwenden, ist

Digitized by Google

daher an sich schon bedenklich; es ist dies aber um so bedenklicher, weil es auffallen müßte, daß der Gesetzgeber, wenn er das Klagerecht der Frau auch bei der gesetzlichen Gemeinschaftsart hätte aufschieben wollen, dies nicht bei dem (ohnehin in der Reihenfolge vorangehenden) Art. 1428 eben so wie bei dem Art. 1560 ausgedrückt haben sollte, zumal wenn es richtig ist, daß die Frage schon unter der Herrschaft des Gewohnheitsrechts eine streitige war.

Aus der Fassung des Art. 2256 scheint sich aber überdies deutlich zu ergeben, daß das Klagerecht der Ehefrau bei Gemeinschaftsehen, in der That nicht aufgeschoben werden wollte. Nach diesem Artikel soll nämlich bei solchen Ehen die Verjährung gegen die Ehefrauen während der Ehe bei zwei Gattungen von Fällen nicht laufen. Zur ersten Gattung gehören die Fälle, „wo die Klage der Frau eher nicht angestellt werden kann, als nach vorhergegangener Wahl zwischen der Theilnahme an der Gütergemeinschaft oder der Ausschlagung derselben" (Art. 2256. Ziff. 1); hier mußte das Gesetz, weil eine rechtliche Unmöglichkeit zur Klageerhebung vorlag, wie es denn auch schon gemäß des Satzes 2255 im Falle der Veräußerung von Gütern der Ehefrau bei der bewidmeten Ehe geschehen war, in Folge des Grundsatzes: agere non valenti non currit praescriptio, den Stillstand der Verjährung verfügen. Das gleiche fand aber das Gesetz, wenn auch nicht rechtlich nothwendig, doch angemessen bei einer zweiten Gattung von Fällen, wo nämlich die Ehefrau während der Dauer der Gemeinschaft zwar klagen darf, jedoch, weil die Klage in ihren Folgen nachtheilig auf den Mann zurückwirken und daher den Frieden der Ehe stören, vielleicht auch unter dem Einfluß des Mannes nicht zweckmäßig durchgeführt werden könnte, während der Ehe nicht klagen will, und wo es der Gesetzgeber für unpassend erachten mußte, die Frau durch den Lauf der Verjährung zur Erhebung einer solchen Klage zu drängen. In diese zweite Gattung von Fällen (im Gegensatz zur ersten Gattung) ist nun zum Zeichen, daß die Ehefrau, wofern sie will, während der Ehe klagen kann, unser Fall eingereiht, indem es im Art. 2256 Ziff. 2 heißt: der Lauf der Verjährung stehe während der Ehe still „in Fällen, wo der Ehemann, der ein seiner Frau zugehöriges Gut ohne ihre Bewilligung veräußert hat, für den Verkauf Währschaft leisten muß; überhaupt in allen Fällen, wo eine Klage der Frau in ihren Folgen auf den Mann zurückwirken würde."

Daß der Art. 2256 auf diese Weise unterschieden und unser Fall zur zweiten Gattung gerechnet werden wollte, ergibt sich übrigens noch unwiderleglich aus den Motiven zu demselben (Ausgabe von Poncelet Band I. S. 783), indem es daselbst heißt: La praescription est encore suspendue contre les tiers pendant le mariage au profit de la femme, *soit* dans le cas où son action ne *pourrait* être exercée *qu' après* une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté, *soit* dans le cas où le mari *ayant vendu le bien propre* de la femme sans son consentement, est *garant de la vente, et dans tous les cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari.* Si la femme exercait contre un tiers une action pour laquelle ce tiers serait fondé à mettre en cause la mari comme garant, il en résulterait une contestation judiciaire entre le mari et la femme. *Ainsi* la femme est alors *considérée comme ne pouvant agir* même contre cette tierce personne, etc.

Brunner.

II.

Können Strafurtheile, welche von den Aemtern incompetenterweise erlassen wurden, von den Obergerichten ex officio abgeändert werden?

Diese Frage ist in den Annalen von 1839. Nr. 6. S. 40 verneint. Auch der oberste Gerichtshof hat dieselbe in früherer Zeit verneinend entschieden. Jahrbücher, VII. Jahrgang S. 302 — 308. Ein neues Präjudiz dieses höchsten Gerichts huldigt jedoch der entgegengesetzten Ansicht (Jahrbücher, N. F. IV. Jahrgang S. 125), welche auch in nachfolgendem Falle festgehalten worden ist.

Ein gewisser Franz Joseph Vollmer von Mudau, war durch amtliches Erkentniß vom 14. Dezember 1841 wegen zweiten geringen Diebstahls zu einer gemeinen Gefängnißstrafe von 14 Tagen, je über den andern Tag mit Hungerkost *), verurtheilt worden. Als nun Voll-

*) Diese Verschärfung war jedenfalls unzulässig. Annalen von 1841. Nr. 40. S. 284. D. E.

Digitized by Google

mer das Jahr darauf abermals wegen eines Diebstahls in Untersuchung gerieth, wurden die Acten dem Hofgericht zur Aburtheilung vorgelegt. — Hier fügte es sich, daß die von dem Amte als zweiter Diebstahl abgeurtheilte Entwendung ein dritter war, weshalb denn auch der hofgerichtliche Referent den Antrag stellte, das untergerichtliche Erkenntniß vom 14. Dezember 1841 wegen Incompetenz aufzuheben, sofort den Inculpaten des dritten Diebstahls für schuldig zu erklären und dafür, neben der auf den Rückfall gesetzten Strafe, zu einer Zuchthausstrafe von 2 Jahren zu verurtheilen. Allein die Majorität des urtheilenden Senats ging auf diesen Antrag aus dem Grunde nicht ein, weil jenes, wenn gleich incompetente, Urtheil nicht nur in Rechtskraft erwachsen, sondern auch bereits vollzogen sei. Gleichwohl wurde aber Inculpat durch hofgerichtliches Urtheil vom 18. Oktober 1842 des wiederholten dritten Diebstahls für schuldig erklärt und mit der desfallsigen Strafe belegt. Dagegen recurrirte der Staatsanwalt und erwirkte ein abänderndes Erkenntniß vom 27. Februar 1843, wodurch der amtliche Bescheid vom 14. Dezember 1841 aufgehoben und Inculpat so wohl des dritten als des wiederholten dritten Diebstahls für schuldig erkannt, sohin unter Abrechnung des in Folge amtlichen Urtheils vom 14. Dezember 1841 bereits erstandenen Arrests mit 21 Tagen, zu einer Zuchthausstrafe von vier Jahren verurtheilt worden ist.

Entscheidungsgründe.

Bei Untersuchung der Frage: ob der Oberrichter ein zu seiner Competenz gehöriges Verbrechen auch dann abzuurtheilen berechtigt sei, wenn dasselbe schon vorher von einem Untergerichte abgeurtheilt und solches Urtheil vollzogen wurde? ist zu unterscheiden, ob das Verbrechen ganz so, wie es vor das Obergericht kommt, dem Unterrichter vorlag, somit dieser auf gesetzwidrige Weise sich für competent erklärte, oder ob, nach der Thatbeschaffenheit, wie sie dem Oberrichter vorlag, dessen Competenz wirklich in Rechten begründet war, später aber sich erschwerende Umstände ergaben, welche die Competenz des Unterrichters ausschließen und jene des Oberrichters begründen.

Nur im ersten Fall behaupten diejenigen Rechtslehrer, welche den peinlichen Urtheilen dieselbe Rechtskraft, wie den Civilurtheilen zuschreiben, unter Berufung auf den Satz „non bis in idem, — daß kein neues Urtheil gegen den Inkulpaten vom kompetenten Richter erlassen werden könne.

Wenn man aber auch diesen Grundsatz nicht blos auf freisprechende Erkenntnisse beschränken will,

Feuerbach, Lehrbuch ꝛc. §. 617 Nota a.

so kann er doch nur von dem Fall verstanden werden, wo der kompetente Richter bereits ein definitives Urtheil gegeben hat; denn die Zuständigkeit des Gerichts gehört zu den wesentlichen Erfordernissen eines Urtheils, und wo, wie bei uns, die Zuständigkeit nach der Schwere der Verbrechen zwischen den untern und obern Gerichten abgetheilt ist, da ist ein Ausspruch des Unterrichters über ein seiner Kompetenz entzogenes Verbrechen für den nach dem Gesetze allein kompetenten Oberrichter ebensowenig ein Urtheil, als eine von Jemanden, der gar keine Richtergewalt hat, an dem Inkulpaten vorgenommene Züchtigung.

Die Strafe, welche ein Inkulpat in Folge eines solchen wegen Inkompetenz nichtigen Ausspruches erlitt, ist keine Strafe im rechtlichen Sinne, sondern ein ihm seiner That wegen zugefügtes unrechtmäßiges Uebel, was ihm nur bei Bestimmung der Strafe durch den kompetenten Richter, ähnlich wie ungebührlicher Untersuchungsverhaft, als Milderungsgrund angerechnet werden kann.

Wenn man mit Tittmann (Handbuch §. 64) hiergegen sagt: wer einmal in Folge eines, wenn auch inkompetent ergangenen Urtheils, seine Strafe erstand, habe der Strafgerechtigkeit Genüge geleistet, und der Staat habe kein Recht weiter an ihn; die Inkompetenz habe auf den Bestraften keinen Einfluß, und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche der Nichtigkeitserklärung in Civilsachen zum Grund liege, könne hier nicht eintreten, so ist all dieses unrichtig.

Der Staat hat nicht mehr und nicht weniger Recht, als da, wo dem Strafgesetz zuwider gehandelt ist, die gesetzliche Strafe zu verhängen; die Bürgschaft für die Gesetzmäßigkeit der Strafe findet das Gesetz gerade hauptsächlich in den Kompetenz-Bestimmungen der niedern und höhern Gerichte; diese sind öffentlichen Rechts, und können weder durch die Willkühr der Untergerichte, noch durch Verzicht des Inkulpaten der sich dem unbefugten Ausspruch unterwirft, geändert werden.

Digitized by Google

Der Inkulpat hat ebendesshalb in diesem Fall nicht die gesetzliche Strafe, sondern ein ungesetzliches Uebel erduldet, und damit dem Gesetz nicht Genüge geleistet.

Daß die Inkompetenz auf den Inkulpaten keinen Einfluß habe, läßt sich nur in dem selten oder nie eintretenden Fall behaupten, wo der inkompetente Unterrichter nach Gattung und Maaß dieselbe Strafe erkannt hat, welche vom Oberrichter auszusprechen war; in diesem Falle aber, so wie in dem gewöhnlichern, wo der Inkulpat eine nach Maaß oder Gattung geringere Strafe erduldete, kann und muß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dadurch geschehen, daß der Oberrichter bei seinem zu fällenden Straferkenntnisse die oben angedeutete Rücksicht auf das dem Inkulpaten durch die untere Staatsbehörde gesetzwidrig zugefügte Uebel eintreten läßt.

Ist hiernach schon in dem bisher erörterten Fall der Oberrichter, welcher von einem vor seine Kompetenz gehörenden Verbrechen Kenntniß erhält, an dessen Aburtheilung nicht gehindert, so kann noch weit weniger in dem zweiten oben unterschiedenen Fall behauptet werden, daß dem vollen Eintritt seiner Kompetenz etwas im Weg stehe; denn hier liegt dem Oberrichter in der That ein ganz anderes Vergehen vor, als dasjenige war, über welches der Unterrichter abgeurtheilt hat, und eben deßhalb ist denn auch Tittmann a. a. O. der Meinung, daß hier die Rechtskraft nicht entgegengehalten werden könne.

Sogar gewinnt es den Anschein, als wenn in diesem Fall der Oberrichter nicht einmal auf das vom Inkulpaten bereits erstandene Strafübel bei seiner Strafbestimmung Rücksicht zu nehmen hätte, weil der Unterrichter unter den Voraussetzungen, wie solche ihm vorlagen, keine Gesetzwidrigkeit beging, mithin der bestrafte Inkulpat kein ungebührliches, sondern ein durch Verschweigung der erschwerenden Umstände selbst — verschuldetes Uebel litt. — Es muß jedoch die Anrechnung der bereits erstandenen Strafe hier aus dem Grund statt finden, weil theils für den Angeschuldigten eine juristische Verbindlichkeit, sich selber anzuklagen nicht besteht, theils den oben entwickelten Anforderungen des Strafgesetzes nur dadurch Genüge geschieht, wenn der Inkulpat in Folge eines vom kompetenten Richter gesprochenen Urtheils kein geringeres, aber auch kein höheres Strafübel leidet, als im Gesetze gedroht ist.

Ist hiernach das Recht und die Pflicht des Oberrichters in den besagten Fällen ein Straferkenntniß zu geben, wohl begründet, so kann noch weniger daran gezweifelt weeden, daß er solches nach den Regeln des Untersuchungsverfahrens, soweit solche nicht besondere Modifikationen erlitten haben, ohne äußere Anträge abzuwarten, überall von Amtswegen zu bewirken hat.

Die Hofgerichte, welche für alle Fälle, wo die Competenz der Aemter aufhört, die urtheilenden Richter erster Instanz sind, haben in dieser Eigenschaft, und vermöge der ihnen über die Aemter zustehenden Oberaufsicht, die auf geordnetem Weg zu ihrer Kenntniß gelangenden Verbrechen, welche ihrer Kompetenz unterstehen, zur Aburtheilung zu bringen; des Rechts und dee Pflicht, dabei, wie überhaupt in peinlichen Sachen, welche der Anklage nicht bedürfen, von Amtswegen vorzufahren, sind sie auch durch das Institut der Staatsanwaltschaft in keiner Weise enthoben, indem durch diese nur die Stellung eines vom Hofgericht Abgeurtheilten vor das Oberhofgericht bedingt wird. A. d. Gr. ꝛc.

Bayer.

III.

Wer ist der zuständige Untersuchungsrichter in Ehrenkränkungssachen durch die Presse?

(conf. Annalen I. S. 368. II. S. 287. XI. S. 99).

Schon oft ist die Ansicht behauptet, und ohnlängst auch beim Großherzoglichen Oberhofgerichte siegreich geltend gemacht worden, daß der Richter des Wohnsitzes des Beleidigers derjenige sei, welcher die Untersuchung der durch die Presse verübten Ehrenkränkungen zu führen habe *).

Diese Ansicht (wenigstens in unbeschränkter Allgemeinheit) scheint mir unrichtig zu sein, und wurde die deßfallsige Frage neuerlich in einer Sache, wo die angeklagten Beleidiger ihren Wohnsitz zu Durlach und Kon-

*) Die erwähnte Entscheidung des Oberhofgerichts hat diesen Satz nicht allgemein, sondern nur in sofern angenommen, als kein Beschlag erkannt worden ist, indem sonst nach §. 39 Abs. 3 des Preßgesetzes wohl kein Zweifel obwalten kann, daß das Gericht, welches den Beschlag erkannt oder bestätigt hat, auch zur Führung der Untersuchung zuständig sei. D. Red.

Digitized by Google

stanz hatten, und die Karlsruher Zeitung das fragliche Preßvergehen involvirte, vom Großherzoglichen Hofgerichte des Mittelrheinkreises anders entschieden (das Stadtamt Karlsruhe für zuständig erklärt) aus folgenden Gründen:

Nach kathegorischer Vorschrift im §. 44 und 49 des Preßgesetzes muß die wegen Preßverbrechen und Preßvergehen erhobene Klage dem zuständigen Untersuchungsgerichte übergeben werden, und ist die Voruntersuchung nach den Regeln des bestehenden Untersuchungsverfahrens vorzunehmen: — zuständiges Untersuchungs-Gericht in gerichtlichen Strafsachen ist aber nach bekannter Doctrin und positiver Gesetzgebung in der Regel *) dasjenige, innerhalb dessen Bezirk ein Verbrechen oder Vergehen verübt wird, weil der Bezirk des begangenen Verbrechens ordentlicher Weise den Richter für Criminal-Untersuchungen bestimmt.
(Strafedikt de 1803. §. 2 und Erläuterungen de 1812 hiezu.)

Hiefür sprechen auch in gewisser Beziehung die §§. 17. a. E., 36, 39 des Preßgesetzes, und lassen außerdem der Regierungsentwurf dieses Gesetzes und die landständischen Commissionsberichte nebst Discussionen deßfalls keinen Zweifel zu; denn in §. 48 des Entwurfes wurde ausdrücklich vorgeschlagen, daß das Ansuchen (die Klage) bei demjenigen Gerichte zu stellen sei, welches für die Untersuchung in Straf-Sachen zuständig ist, was in Folge einer Redaktionsveränderung präciser auf die in §. 44 des Preßgesetzes bezeichnete Weise ausgedrückt wurde, und ist sonst anderwärts mehrmals vom Forum *delicti commissi* die Rede.

(II. Kammer Beil. H. XI. S. 242. H. XXXIV S. 145. 150. I. Kammer Beil. Bd. V. S. 62. VI. S. 350. 352).

Ist hiedurch gesetzlich fest gestellt, daß der eines Preßvergehens Angeschuldigte — mag dasselbe seiner strafrechtlichen Natur noch den Thatbestand einer Ehrenkränkung oder eines andern Vergehens enthalten — dort vor Gericht zu stehen hat, wo er solches verübte, so ist in Anbetracht, daß die Uebertretungen der Strafgesetze durch die Presse nur dann gerichtlich verfolgt und zur Strafe gezogen werden können, wenn sie vollendet sind, dieselben jedoch dann für vollendet gelten, wenn die sträfliche Schrift in Verkehr gesetzt, oder auf anderm Wege in Umlauf gebracht, oder, wenn der Druck vollendet und die Verbreitung nur durch Umstände, die nicht von dem Willen des Angeschuldigten herrühren, verhindert wurde, — daß daher der in der ersten Reihe verantwortliche angeklagte Verfasser des incriminirten Karlsruher Zeitungs-Artikels das fragliche Preßvergehen — in soweit solches seiner Zeit bewiesen wird — in Karlsruhe vollendete, — auch in Gewißheit gesetzt, daß das dortige Stadtamt das zuständige Untersuchungsgericht sei.

(Preßgesetz §. 25 — 30).

Die Bestimmung in §. 14 des Ehrenkränkungsgesetzes vom 28. Dezember 1831 — worauf die abweichende Entscheidung des Unterrichters beruht — steht nicht entgegen; denn abgesehen davon, daß mit den Worten „des ordentlichen Richters des Beleidigers" an sich in ihrer gewöhnlichen Bedeutung nicht der des Wohnsitzes, sondern, wie sich auch aus jenen Worten in §. 15 der Verfassungs-Urkunde, wornach „Niemand in Criminalsachen seinem ordentlichen Richter entzogen werden darf", unzweideutig ergiebt, im Allgemeinen vielmehr der Richter des begangenen Verbrechens —

*) Die Bestimmung, daß die Klage bei dem zuständigen Untersuchungsrichter angebracht werden muß, kann nichts entscheiden, sie versteht sich sogar von selbst. Es wäre eine petitio principii, wenn man daraus ableiten wollte, die Klage müßte beim for. del. comm. angebracht werden, denn darum fragt es sich ja eben, ob dieses Forum das zuständige sei? — Auch die Hinweisung auf das bestehende Untersuchungsverfahren in Bezug auf die Voruntersuchung (§. 49) entscheidet nichts, da damit nur angedeutet ist, wie von dem zuständigen Gerichte verfahren werden soll, nicht aber welches das zuständige Gericht sei.

Indessen bedarf es all' dessen nicht, denn wenn es auch nicht ausdrücklich gesagt ist, so müssen für die Zuständigkeit in Preßsachen wohl die nämlichen Regeln gelten, wie für die Vergehen überhaupt, und im Allgemeinen bildet das for. del. comm. die Regel. Es fragt sich nur: 1) ob für Ehrenkränkungssachen eine Ausnahme bestehe, und 2) ob dann wieder die durch die Presse verübten Ehrenkränkungen von der Ausnahme ausgenommen seien? — Das Erstere kommt unten zur Sprache, und was das Letztere betrifft, so ist im Preßgesetz, den Fall des §. 39 Abs. 3 ausgenommen, wenigstens keine Bestimmung aufzufinden, welche das bestehende Recht über die Zuständigkeit änderte, oder ein Vergehen blos deswegen, weil es durch die Presse verübt ist, an ein anderes Untersuchungsgericht verwiese, als an welches dasselbe nach dem bestehenden Rechte sonst schon gehören würde. D. Red.

Digitized by Google

Vergehens — (Forum delict. commissi) *) bezeichnet wird, und daß nach dem Schlußsatze in §. 14 a. a. O. Ausländer, welche im Inlande eine Ehrenkränkung oder Verläumdung verüben, vor das zuständige inländische Gericht, d. h. wohl vor den Richter des begangenen Vergehens — gezogen werden können, und blos mit Rücksicht auf Absatz 2 und 3 daselbst bezüglich auf etwaige Widerklagen gewissermaßen auch der Gerichtsstand des Wohnsitzes bei gemeinen Ehrenkränkungen und Verläumdungen *elective* sich daraus ableiten läßt, — so stellen die Preßvergehen ohne Unterschied immerhin eine besondere Klasse von Vergehen dar, für welche hinsichtlich des einzuhaltenden Verfahrens — wozu auch die Bestimmung der Gerichtszuständigkeit gehört —, das Preßgesetz, insoweit es nicht später außer Wirksamkeit gesetzt wurde, Ziel und Maaß giebt, ohne daß es in dieser Beziehung eines Hinblicks auf das Ehrenkränkungsgesetz bedarf, und ändern hieran auch die §§. 18 und 19 des Preßgesetzes nichts, da solche lediglich auf die Strafe und deren Maaß Bezug haben.

Waidele.

*) Dies ist wohl ein gewagter Satz. Bisher hat man unter dem ordentlichen Richter im Sinne des §. 15 der Verfassungsurkunde nur den verstanden, den das Gesetz bestimmt, im Gegensatz eines etwa durch Kabinetsjustiz willkührlich angewiesenen. Einen andern Zweck als einen Schutz gegen Letzteres hat der §. 15 der Verfassungsurkunde sicher nicht, und man könnte, wenn das Gesetz allgemein oder bei bestimmten Verbrechen das for. domicilii zuständig erklärte, wohl nicht sagen, daß dasselbe dem §. 15 der Verfassungsurkunde widerspräche.

So wenig als im §. 15 der Verfassungsurkunde, eben so wenig kann auch im §. 14 des Ehrenkränkungsgesetzes der Ausdruck ordentlicher Richter über die Zuständigkeit etwas entscheiden. Nur der Beisatz: „des Beleidigers" — im §. 14 des Ehrenkränkungsgesetzes deutet darauf hin, daß der Richter der Person und nicht der Richter der Sache gemeint sei, also eher das for. domicilii, welchem die Person des Angeklagten überhaupt gerichtspflichtig ist, als das for. del. comm., das auf keiner persönlichen Beziehung beruht.

Dieser etwas zweifelhafte Sinn des erwähnten Ausdrucks im §. 14 Abs. 1 des Ehrenkränkungsgesetzes wird aber völlig klar durch den Abs. 2 des nämlichen §. 14, wo von dem Gerichtsstand der Widerklage die Rede ist. Die Widerklage findet nach diesem Artikel nur statt, wenn die Gegenbeleidigung bei dem nämlichen Vorfalle geschah, also in Fällen, wo das for. del. comm. für die Beleidigung und Gegenbeleidigung das nämliche ist. Wäre nun im Abs. 1 unter dem ordentlichen Richter des Beleidigers das for. del. comm. verstanden, so bedürfte es im Abs. 2 keiner besondern Vorschrift, daß der Beklagte auch den Kläger bei dem von diesem angegangenen Gerichte sogleich widerklagend belangen könne, und diese Art von Vergünstigung hätte unmöglich auf den Fall beschränkt werden können, wenn der Beklagte noch vor der Verkündung des Urtheils die Widerklage erhebe. Gab man eine solche Vorschrift demohngeachtet, so konnte sie nur auf der Unterstellung beruhen, daß der Richter für die Widerklage nicht ohnehin schon der nämliche sei, wie jener für die Vorklage, daß also im Abs. 1 unter dem ordentlichen Richter des Beleidigers der Richter des Wohnsitzes des Letztern und nicht der Richter der begangenen That gemeint sei. D. Red.

IV.

Ueber die angebliche Einrede des Betrunkenseins und der Beweis desselben bei Abschließung von Verträgen.

A. kaufte von B. ein Haus. Als der Verkäufer auf Erfüllung des Vertrages klagte, widersprach der Käufer die Existenz des Vertrages und wendete eventuell ein: er sei, als der Verkauf stattgefunden haben soll, betrunken gewesen.

Der Unterrichter legte dem Verkäufer Beweis darüber auf, daß der Käufer ihm das Haus abgekauft habe. In den Entscheidungsgründen wird angeführt: der Beklagte behaupte zwar, bei der Kaufshandlung betrunken und deßhalb einer freien rechtsverbindlichen Einwilligung nicht fähig gewesen zu sein, allein darin liege keine wirkliche Einrede, sondern nur eine Bestreitung des Klaggrundes, weßhalb jene Behauptung nicht Gegenstand des Beweises, sondern des Gegenbeweises sei, der nicht durch ein Beweiserkenntniß aufgetragen werde, sondern dem Probaten kraft Gesetzes überlassen bleibe.

Das Weitere ergibt sich aus folgenden Entscheidungsgründen des Großherzoglichen Oberhofgerichtes, welche lauten:

Der Kläger hat den Beweis damit angetreten, daß er dem Beklagten den Eid dahin zuschob, es sei nicht wahr, daß Beklagter ihm sein Haus abgekauft habe, und damit ist der dem Kläger obliegenden Beweislast volle Genüge gethan, indem er nicht verbunden war, die Eidesformel auch darauf auszudehnen, daß der Beklagte eingewilligt habe, im Zustande freier Willenbestimmung gewesen sei, weil die Behauptung: Beklagter habe einen Kauf mit

Digitized by Google

ihm abgeschlossen, auch die enthält, er sei mit ihm über die Sache und den Preis einig gewesen, er habe in diesen Vertrag eingewilligt.

Jeder Zustand dagegen, welcher die Willensfreiheit ausschließt, ist etwas abnormes und wird von dem Gesetze nicht praesumirt. Die Trunkenheit insbesondere ist unter den in den Landrechtsätzen 1124. 1125 angeführten Verhältnissen und Zuständen, welche die Unfähigkeit zur Vertragsschließung begründen, nicht erwähnt, ihr Dasein bei einem Vertragsabschluß kann daher nur unter den Gesichtspunkt des nicht vorhandenen physischen Vermögens, den Willen zu erklären, der ermangelnden freien Einwilligung gestellt werden, und ist deßwegen da, wo sie geltend gemacht wird, dann nämlich, wenn behauptet werden kann, daß sie einen so hohen Grad erreicht gehabt habe, daß Bewußtlosigkeit eingetreten gewesen, weil Freiheit des Willens — Einwilligung — ohne Bewußtsein nicht besteht, Gegenstand des directen Gegenbeweises, welcher aber dem Probaten, hier dem Beklagten, obliegt.

Der Beweis kann, wie sich von selbst versteht, nicht damit erstellt werden, daß der Formel des dem Beklagten lediglich über das Zustandekommen des Verkaufs zugeschobenen Eides die Worte: im freien Bewußtsein (nämlich dem Kläger das Haus abgekauft habe) hinzugefügt werden.

Es kann daher das Erkenntniß in der Hauptsache lediglich von dem, dem Beklagten deferirten, von ihm aber, dem Kläger, zurückgeschobenen Eid abhängig gemacht werden. Nun erscheint zwar der mit der Eideszurückschiebung verbundene Eid über die behauptete Trunkenheit des Beklagten nach §. 565 der Proceßordnung unstatthaft, weil der Kläger, wenn er das Gegentheil beschwört, ein Urtheil zu fällen hat, und derselbe würde durch das Amtliche auf den Eid mit dem Zusatze, daß er gar nicht wahrgenommen habe, daß der Beklagte beim Abschlusse des Vertrages betrunken gewesen sei, erkennende Urtheil beschwert erscheinen.

Dr. Uihlein.

V.

Zu §. 616 der Proceßordnung.

Das Großherzogliche Universitäts-Amt Heidelberg hat in Sachen der Schneidermeister Walter Wittwe gegen Stud. Schäfer, Forderung betreffend, statt auf einen von dem Beklagten zu leistenden Eid, welchen die Klägerin bei einer Forderung von 47 fl. 5 kr. zugeschoben hatte, auf Handgelübde erkannt. Auf die dagegen ergriffene Berufung wegen verletzten Vorschriften des Verfahrens hat das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises durch Beschluß vom 8. März 1843 die Appellation für unzuläßig erklärt, indem der Unterrichter zwar allerdings die Vorschrift des §. 616 der Proceßordnung irrig angewendet hat, diese Verletzung aber nicht das Verfahren, sondern den Inhalt des Urtheils betrifft, da der Anspruch der Klägerin statt von der Bedingung eines Eides nur von einem Handgelübde abhängig gemacht wurde.

Einsender war bisher der Meinung, daß die Proceßordnung die Vorschriften enthalte, nach welchen ein Rechtsstreit geleitet werden soll und daß die Verletzung einer dieser gegebenen Vorschriften eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens sei. Wenn aber ein Unterschied gemacht wird zwischen irriger Anwendung dieser Vorschriften und Verletzung der gesetzlichen Vorschriften, dann giebt es keine Appellation wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens, indem letztere jedesmal eine irrige Anwendung der Vorschriften der Proceßordnung enthält. Es kann daher auch, wenn nach §. 476 der Proceßordnung die Zeugen nicht beeidigt, sondern nur handgelübdlich, vernommen werden, eine Appellation nicht stattfinden, eben weil die gedachte Vorschrift irrig angewendet wurde.

Dr. Uihlein.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des elften Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1843, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro. 26. | Karlsruhe den 1. Juli 1843.

I.

Ueber die Nichtigkeiten beim Strafverfahren.

Bei einem der Hofgerichte des Landes kamen in neuester Zeit kurz nach einander im Recurswege von einem und demselben Amte zwei Straffälle zur Aburtheilung, in denen sämmtliche Verhöre der Angeschuldigten und der Zeugen nicht mit Beizug eines Aktuars oder zweier Urkundspersonen, sondern allein von dem mit der Untersuchung beauftragten Rechtspraktikanten vorgenommen und niedergeschrieben worden waren.

In beiden Fällen wurde dieser Mangel der Untersuchung nicht durch Anordnung eines vor gehörig besetztem Gericht vorzunehmenden Ratihabitionsverhörs zu ergänzen gesucht, sondern das unterrichterliche Urtheil als auf eine wegen mangelhafter Gerichtsbesetzung nichtige Untersuchung gebaut, schlechthin als nichtig aufgehoben.

Einsender dieses kann sich nicht davon überzeugen, daß die dieser Entscheidung zu Grund gelegte Ansicht richtig sey; sie scheint ihm vielmehr sowohl mit der bestehenden Doctrin über diese Materie im gemeinen deutschen Strafproceß, als mit unserer Particulargesetzgebung im Widerspruch zu stehen.

Man erlaubt sich, beides etwas näher auszuführen.

Die Lehrer des gemeinen deutschen, sowohl bürgerlichen, als Strafprocesses unterscheiden bekanntlich zwischen wesentlichen und zufälligen oder außerwesentlichen Formen des Proceßverfahrens, und verstehen unter erstern solche, welche durch die Natur der Sache oder durch das Gesetz als nothwendige Bedingung der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens geboten sind; Alle sind aber auch darin einverstanden, daß die Nichtbeobachtung einer solchen wesentlichen Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens die bezügliche Proceßhandlung nur dann nichtig mache, wenn die Befolgung des außer Acht gelassenen Gebots nicht mehr statt finden kann.

So sagt namentlich der bewährte Martin im §. 10. seines Lehrbuchs des deutschen gemeinen Criminalprocesses, (2. Auflage):

> Nur dasjenige, was durch das Gesetz oder die Natur der Sache in der That geboten ist, bildet eine Bedingung des Rechtsbestandes solcher Criminalproceßhandlungen, auf welche im einzelnen Fall ein dergleichen Gebot anwendbar ist; diese werden mithin durch dennoch vernachläßigte Beobachtung des Gebotes, wenn dessen Befolgung nicht noch jetzo statt finden kann, nichtig;"

und Grolmann spricht sich in seinen Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft 3. Auflage § 425. über dieselbe Materie dahin aus:

> „So lange es an einem wesentlichen Stücke des Criminalprocesses fehlt, erscheint derselbe als wesentlich unvollständig. Diese Unvollständigkeit hat zur Folge, daß jede Handlung in dem Processe, für welche das fehlende Stück des Processes nothwendige Voraussetzung war, als nichtig betrachtet, und daher mit Aufhebung dieser nichtigen Handlung für die Vervollständigung des Processes gesorgt werden muß." †)

†) Daß das Mangelhafte nachgeholt, das Unvollständige ergänzt, die nichtig vorgenommene Proceßhandlung durch Wiederholung oder Ratihabition in den gesetzlichen Formen geheilt werden könne, — unterliegt wohl keinem Zweifel.

Digitized by Google

Gleicher Ansicht sind von den neuern Proceßlehrern Mittermaier in seinem Handbuch des deutschen Strafverfahrens 2. Auflage §. 31. insbesondere Seite 156. Henke in seinem Handbuch des Criminalrechts ꝛc. IV. Theil §. 17. lit. C.

Richtig ist es nun, daß unter die nothwendigen Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Strafverfahrens auch die gehörige Gerichtsbesetzung gehört; dieß ist schon in dem 1. Artikel der noch bei uns geltenden peinlichen Halsgerichtsordnung vorgeschrieben, und der §. 3. unseres Strafedikts fordert zu dieser vollständigen Besetzung des Untersuchungsgerichts die Anwesenheit des Richters oder seines Stellvertreters und des Aktuars oder statt dessen zweier Urkundspersonen; wenn man daher auch zugeben muß, daß die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift die Nichtigkeit der betreffenden Untersuchungshandlung zur Folge hat; so folgt daraus noch nicht, daß in allen Fällen, wo ein Urtheil auf eine derartig mangelhafte Untersuchung gebaut ist, das Urtheil selbst als nichtig aufzuheben sey, sondern nur so viel, daß die betreffende Untersuchungshandlung nichtig, wenn aber der hierdurch entstehende Mangel durch Nachholung der außer Acht gelassenen Vorschrift ergänzt werden kann, vorerst diese Ergänzung anzuordnen und sodann in der Sache selbst zu erkennen ist *).

Daß aber eine solche Ergänzung auch nach unserer vaterländischen Gesetzgebung in allen Fällen, wo sie möglich, auch zulässig sey, kann eben sowenig bezweifelt werden.

Die hierüber Maaß gebenden Bestimmungen sind in dem Nichtigkeits-Edikt vom 28. März 1804. Regierungsblatt Nr. XV. Seite 77 enthalten, und dieses Edikt ist durch eine spätere Verordnung vom 18. August 1806. Regierungsblatt Nr. XIX. Seite 60 namentlich auch auf Strafsachen, sie mögen zur polizeilichen oder peinlichen Klasse gehören, ausgedehnt und zugleich bestimmt worden, daß, da Nichtigkeiten nur gedenkbar sind, wo Urtheile in Rechtskraft übergehen, es, wo dieses nicht ist, derselben zur Hebung der Nichtigkeit nicht bedürfe, sondern der Weg des Recurses an den nämlichen oder höhern Richter zur Ausführung der Nichtigkeit hinreiche.

Im §. 1 dieses Edikts wird nun der allgemeine Charakter der Nichtigkeit im Wesentlichen ebenso, wie von der Doctrin über das gemeinrechtliche Prozeßverfahren, nämlich dahin bestimmt, „daß in der Form des Rechtsverfahrens oder in dem Inhalt des Urtheils etwas geschehen oder unterlassen worden sey, dessen Dasein oder Nichtdaseyn durch ausdrückliche Vorschriften des Gesetzes oder durch Diktate einer nur durch gemeinen Menschenverstand erleuchteten gesunden Vernunft schon als zur gerechten Entscheidung der Sache nothwendig erscheint"; das Edikt unterscheidet ferner ausdrücklich zwischen unheilbaren und heilbaren Nichtigkeiten, und erklärt unter Aufzählung ein-

*) Mittermaier führt an der oben citirten Stelle in der Note 27 einen solchen Fall an: wenn z. B. der Aktuar oder die Zeugen nicht beeidigt gewesen wären.

Die Frage scheint aber hier die zu sein: ob auch da, wo diese Nachholung oder Heilung unterblieb, das auf die nichtigen Proceßhandlungen gebaute Urtheil gleichwohl zu Recht bestehe, oder ob es selbst nichtig sei?

Mittermaier (deutsches Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch ꝛc., 3te Aufl. 1839. Band II. §. 204. pag. 475) erklärt ein solches, auf nichtige Proceßakte gebautes, Strafurtheil selbst als nichtig, und man kann sich in der That nicht wohl denken, wie ein Urtheil, dessen wesentliche Grundlage nichtig ist, gleichwohl giltig sein könnte.

Unsere Proceßordnung hat in bürgerlichen Rechtssachen das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde abgeschafft, und dagegen nach §§. 1175. Nr. 3 und 1177 die Appellation oder Oberappellation wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens auch beim Mangel der Ordinationssumme zugelassen. Diese Aenderung hat nur die Bedeutung: die Nichtigkeiten sollen nicht mehr im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde, sondern nur im Wege der Appellation oder Oberappellation geltend gemacht werden, — mit andern Worten: die nichtigen Urtheile sollen nicht mehr kassirt, sondern nur reformirt werden. Damit steht, als eine natürliche Folge hievon, der §. 1224 im Einklange, wornach die nichtige Proceßhandlung vom Oberrichter selbst in gesetzlicher Weise nachgeholt, also geheilt werden soll.

In den Strafsachen ist aber dieselbe Aenderung noch nicht eingeführt, es ist vielmehr im Recursgesetze vom 3. August 1837. §. 2 Abs. 2 die alte Nichtigkeitsbeschwerde ausdrücklich beibehalten.

Darnach wird der Oberrichter in Fällen, wo wesentliche Untersuchungshandlungen nichtig (z. B. vor ungesetzlich besetztem Gerichte) vorgenommen, diese Mängel aber vom Richter der ersten Instanz nicht mehr geheilt wurden, das Urtheil der ersten Instanz also auf eine nichtige Grundlage ergieng, und deswegen selbst nichtig ist, auf eine diesfalls erhobene Beschwerde das Mangelnde nicht erst für die zweite Instanz nachzuholen, sondern das Urtheil der ersten Instanz aufzuheben, und den Unterrichter anzuweisen haben, nach Heilung der Nichtigkeit selbst erst ein giltiges Urtheil zu geben.

D. Red.

zelner Fälle für beiderlei Arten nur ein ſolches Gebrechen für unheilbar, „wenn die Parthie, der dadurch Nachtheil zuging, dieſen auf ſich zu nehmen weder eingewilligt hat, noch einwilligen will und kann, doch aber ohne ihr Verſchulden außer Stand iſt, auf einem andern Wege, als dem der Nichtigkeitsklage ihre Beſchwerden mit gleicher Wiekung zur Ausführung zu bringen oder jenen Nachtheil ſicher von ſich abzuwenden.“

Unter ſolche unheilbare Nichtigkeiten zählt das Edikt im §. 12. unter anderm auch den auf, „wenn nicht wenigſtens das Urtheil nebſt den Publicationsverhandlungen niedergeſchrieben iſt, und mithin der Inhalt der Entſcheidung und ihrer Rechtskraft blos aus mündlichen Kundſchaften erhoben werden müßte,“ wogegen es, was übrigens vermöge des Argumentums a contrario ſchon aus dem eben angeführten §. 12 hervorgeht, — im §. 23 ausdrücklich den Fall für keine unheilbare Nichtigkeit erklärt, „wenn die wiewohl der Ordnung nach erforderliche kurze protokollariſche Aufzeichnung der Verhandlungen, welche dem Urtheil vorausgegangen ſind, unterblieben iſt, als welches, — wie der §. 23 weiter fortführt, — „einem ſchriftlich verfaßten Urtheil an ſeiner Rechtskraft nichts benehmen mag, ſo wie denn überhaupt, wenn ein Fehler im Proceß unterlaufen iſt, der ſich nicht zu einer der aufgezählten Klaſſen (der unheilbaren Nichtigkeiten) vereigenſchaftet, dieſes die Rechtskraft des Urtheils nicht aufhält.“

Aus dieſen geſetzlichen Beſtimmungen ergeben ſich für unſern Fall die beiden Folgeſätze:

1) daß nicht jede Verletzung weſentlicher Vorſchriften des Verfahrens daſſelbe und das darauf gebaute Urtheil abſolut, nämlich in der Art nichtig macht, daß die Verletzung nicht mehr durch nachträgliche Befolgung der außer Acht gelaſſenen Vorſchrift gehoben oder geheilt werden könnte, daß vielmehr in allen Fällen, wo dieß noch möglich, dieſelbe von dem Richter auch anzuordnen iſt;

2) daß unter dieſe ſ. g. heilbaren Nichtigkeiten namentlich auch der Fall gehört, wo das Urtheil auf ein gar nicht aktenmäßig gemachtes Verfahren gebaut iſt.

Nach dem Rechtsaxiom: „majus continet minus“ kann alſo wohl auch die Nichtigkeit keine unheilbare ſeyn, wenn die Verhandlung, beziehungsweiſe Unterſuchung, aber nur von dem competenten Richter allein ohne Beizug eines Aktuars gepflogen und protokollirt worden iſt *).

Daß es heilbare Nichtigkeiten giebt und daß, wenn ſolche unterlaufen, auch vom Richter geheilt werden müſſen, findet eine weitere Unterſtützung in dem §. 1224 der bürgerlichen Proceßordnung, deſſen analoge Anwendung auf Strafſachen wohl keinem Zweifel unterliegen kann **).

Nach dieſem Paragraphen ſoll in allen Fällen, wo ein Endurtheil wegen verletzter Vorſchriften des Verfahrens bei Vornahme einer Proceßhandlung angefochten iſt, die als fehlerhaft erfundene Handlung ohne Zurückweiſung an den erſten Richter von dem Appellationsgerichte ſelbſt neu vorgenommen und nach Verſchiedenheit des nunmehrigen Ergebniſſes der Handlung das Urtheil in der Hauptſache beſtätigt oder abgeändert werden.

Wenn dieß in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten gilt, wo die Verhandlungs-Maxime die Regel bildet; ſo muß dieß auch und noch in viel höherem Maaße in Strafſachen gelten, wo nach unſerer gegenwärtig noch beſtehenden Unterſuchungs-Maxime der Richter etwaige Mängel des Verfahrens von Amtswegen zu rügen und für deren Ergänzung Sorge zu tragen hat.

Man hat bei dem einen der Eingangs erwähnten Fälle, einer Ehrenkränkungsſache, wogegen der andere ein Aecisdefraudationsfall war, zur Vertheidigung der entgegengeſetzten Anſicht auch die §§. 49. und 52 des Preßgeſetzes angeführt, welche nach der Inſtructiv-Verordnung vom 17. Februar 1832. den Vollzug des Geſetzes über die Ehrenkränkungen betreffend, auch bei Klagen wegen letzterer zur Anwendung kommen, indem man von dem Satze ausging, daß, wenn nach den angeführten Paragraphen

---

*) Hier handelt es ſich nicht blos um das Protokolliren einer Unterſuchungshandlung, ſondern um deren Vornahme ſelbſt, beziehungsweiſe um die Beſetzung des Gerichts bei der Unterſuchungshandlung. Wäre die Beſtimmung der §§. 12 und 23 des zunächſt nur für Civilſachen gegebenen Nichtigkeitsediktes, nach deſſen Geiſt in Folge der Verordnung vom 18. Auguſt 1806 nun auch die Nichtigkeiten im Strafverfahren beurtheilt werden ſollen, unbedingt auch auf Strafſachen anwendbar, ſo wäre das Urtheil immerhin nichtig, wenn nicht wenigſtens bei dem jedenfalls zu protokollirenden Urtheile und Publikationsakte das Gericht vollſtändig beſetzt geweſen wäre. D. Red.

**) Warum die Analogie des §. 1224 in Strafſachen nicht ſtattfinde, ſ. oben in der Note (†). D. Red.

Digitized by Google

des Preßgesetzes auch der Privatkläger bei dem Untersuchungsrichter nur während der Voruntersuchung allartige auf solche bezügliche Anträge, insbesondere auf Vervollständigung der Untersuchung stellen könne, die Stellung solcher Anträge nachher und namentlich dann, wenn die Sache einmal zur mündlichen Verhandlung und Urtheilsfassung ausgesetzt ist, ebensowenig mehr von Seite einer Partei, als von Amtswegen zulässig sey.

Die Richtigkeit dieses Satzes in Preßsachen kann zugegeben werden *); er mag eine nothwendige Folge des hier geltenden Anklage- und mündlichen Schlußverfahrens sein; eben weil er dieses ist, können aber auch die in der angeführten Instructiv-Verordnung citirten Paragraphen des Preßgesetzes auf gewöhnliche d. h. nicht durch die Presse verübte Ehrenkränkungen und Verläumdungen nur in soweit Anwendung finden, als sie anwendungsempfänglich sind; daß sie es nicht unbedingt sind, folgt außer schon aus dem angeführten Prinzip, auch insbesondere aus dem Umstand, daß über die Preßsachen eine schriftliche Voruntersuchung zu pflegen, auf den Grund dieser erst die eigentliche Anklage zu erheben und dann auf mündlich geflogene Verhandlung das Urtheil zu erlassen ist, während in gewöhnlichen Ehrenkränkungssachen weder das Eine, noch das Andere, sondern mit der einzigen Ausnahme, daß nur auf Anklage des Beleidigten vom Richter Untersuchung eingeleitet und dem Ankläger die Beibringung der etwaigen Beweismittel überlassen wird, — das gewöhnlich in andern Straffachen vorgeschriebene Untersuchungsverfahren Platz greift und der Richter lediglich auf den Grund der vorliegenden Untersuchungsakten des Urtheil erläßt.

Von allen den durch die angeführte Instructiv-Verordnung für auf das Verfahren in Ehrenkränkungssachen anwendbar erklärten Paragraphen des Preßgesetzes wird daher nur so viel als wirklich anwendbar zu halten sein, daß der Ankläger seine Anklage entweder schriftlich einzureichen, oder mündlich zu Protokoll zu geben und der Richter zu erkennen hat, ob darauf eine Untersuchung einzuleiten ist, daß diese Untersuchung zwar nach den Regeln des bestehenden Untersuchungsverfahrens zu pflegen, jedoch nicht von Amtswegen zu verfahren ist, und daher nur diejenigen Beweismittel zu erheben sind, welche von den Parteien in Vorschlag gebracht werden.

Die Erhebung neuer oder die vervollständigte Erhebung der schon früher erhobenen Beweismittel scheint es mir daher auch zu sein, welche der §. 50. und 52 des Preßgesetzes im Auge hat, wenn er davon spricht, daß der Staatsanwalt oder Privatkläger noch auf Vervollständigung der Voruntersuchung antragen könne, und wo man, da wie bereits erwähnt auch in Ehrenkränkungssachen nur auf Anklage und Antrag des Beleidigten beziehungsweise auch des Beleidigers vom Richter eingeschritten wird, zugeben kann, daß auch die Beweismittel nicht von Amtswegen aufgesucht, sondern nur auf die Anträge der Parteien erhoben werden dürfen.

Daß aber die Ergänzung anderer Mängel der Untersuchung, deren Verhinderung nicht in der Gewalt der Parteien liegen, sondern welche, wie namentlich die mangelhafte Gerichtsbesetzung von dem Richter selbst herrühren, nicht von Amtswegen angeordnet werden könne und dürfe, dieß läßt sich durch die angeführten Bestimmungen des Preßgesetzes um so weniger rechtfertigen, als ein derartiger Mangel eben weil er nicht von der Partei, sondern von dem Richter verschuldet ist, auch von diesem allein wieder gut gemacht werden muß.

(Schluß folgt).

*) Selbst in Preßsachen muß auch nach geschlossener Voruntersuchung vom erkennenden Richter immer noch eine Vervollständigung der Untersuchung (sogar von Amtswegen) angeordnet werden können. S. die oberhofgerichtlichen Jahrbücher n. F. 1841/42. (7ter Jahrgang). Nr. 70 und 71.

Allein eine solche Nachholung ist, wenn dadurch das Verfahren erst rechtsbeständig werden soll, nur möglich, solang das Urtheil nicht selbst gegeben ist. Andernfalls ist das Urtheil selbst nichtig.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des elften Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1843, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 27. Karlsruhe den 8. Juli 1843.

I.

Ueber Nichtigkeiten beim Strafverfahren.
(Schluß).

Man hat zur Rechtfertigung der entgegengesetzten Ansicht für andere Strafsachen*) auch den Grund angeführt, daß, wenn der Recursrichter die beantragte Ergänzung der Untersuchung verfügt, er nun erst auf eine rechtsbeständige Untersuchung, und also so zu sagen in erster und letzter Instanz urtheilen und dadurch der Angeklagte eine Instanz verlieren würde.

Allein ist dieß auch nicht derselbe Fall, wenn der Ankläger oder Angeklagte in zweiter Instanz ganz neue Beweise beibringt, warum soll es anders sein, wenn die in erster Instanz erhobenen nicht rechtsbehörig erhoben worden sind? — Aber es ist dieser Einwand auch nur ein scheinbarer, denn in pejus kann das erstinstanzliche Urtheil doch niemals abgeändert werden; würden nämlich in unserm Falle die von dem Richter erster Instanz vor nicht gehörig besetztem Gericht erhobenen Beweismittel durch die nochmalige in rechtsbeständiger Form vorgenommene Erhebung ein von dem frühern verschiedenes und dem Recurrenten günstigeres Resultat herbeiführen; so könnte der Angeklagte nur entweder ganz frei gesprochen werden, oder ein immerhin noch günstigeres Urtheil, als das erstinstanzliche war, zu erwarten haben, oder aber die Ergänzung führt das nämliche Resultat herbei, welches schon die frühere unförmlich gepflogene Untersuchung herbeigeführt hatte, dann ist der Recurrent, wenn anders dasjenige daraus folgt, was der Richter erster Instanz daraus abgeleitet hat, durch das erstinstanzliche Urtheil nicht beschwert.

Was wird endlich die Anweisung des Unterrichters, eine neue Untersuchung zu pflegen und nochmaliges Erkenntniß zu ertheilen, — denn dieß wurde gleichzeitig verfügt, — auch anderes herbeiführen, als was im wesentlichen auch die beantragte Ergänzung herbeigeführt haben würde. Der Unterrichter wird eben den Angeschuldigten und die Zeugen noch einmal vernehmen, beziehungsweise ihnen ihre frühern Aussagen noch einmal vorlesen, sie von ihnen bestätigen lassen und dann auch sein früheres Erkenntniß schon der Consequenz wegen von neuem wieder aussprechen.

Man sollte doch den Formen, die nur als Mittel zum Zwecke, d. i. der Sache wegen eingeführt sind, nicht die Sache selbst anopfern.

X.

*) Vor der Vollendung dieses Aufsatzes kam nämlich noch ein dritter Fall, eine Widersetzlichkeit betreffend, im Recurswege zur Aburtheilung, welcher das gleiche Schicksal hatte, obschon unterdessen ein anderer Votant eingetreten war, welcher die Ansicht des Verfassers theilte.

II.

Ueber Bürgerannahme der Juden.

In Nr. 33 der Annalen von 1842 ist ein Aufsatz über Bürgerannahmgesuche der Juden, welcher eine ziemlich vollständige Sammlung der seit dem Jahre 1808 in diesem Betreff erschienenen Gesetze und Verordnungen enthält, und mit Gründlichkeit über die den Israeliten nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung zukommenden Rechte sich verbreitet.

Der Verfasser behauptet:

1) daß die Kinder jüdischer Gemeindebürger ein angeborenes Gemeindebürgerrecht haben;

2) daß ein inländischer Jude, dem das Gemeindebürgerrecht nicht angeboren ist, ein Recht auf dessen Erlangung

Digitized by Google

habe, vorausgeſetzt, daß er den geſetzlichen Erforderniſſen Genüge leiſtet.

Es dürfte jedoch manches gegen die Richtigkeit dieſer Säze zu erinnern ſein.

Was

zu 1. die Frage, ob das Gemeindebürgerrecht der Juden ſich auf die Kinder vererbe, betrifft: ſo iſt in dem von dem Abgeordneten Mittermaier am 25. Juni 1831 in der Kammer erſtatteten Commiſſionsbericht, ſodann in dem die Verhältniſſe der Juden betreffenden Bericht der Minorität der Petitionscommiſſion vom 31. Mai 1831 die Anſicht ausgeſprochen, daß den Söhnen der Juden, welche das Ortsbürgerrecht erlangt haben, ein angeborenes Bürgerrecht zuſtehe. Man nahm an, daß zwar, ehe ein Jude in einer Gemeinde aufgenommen wird, jeweils eine genaue Prüfung der Erforderniſſe vorausgehen müſſe, in welchem Falle der Regent nach §. 19 des VI. Conſtitutions-Edicts vom 4. Juni 1808. (Regierungsblatt Nr. 19) ſich vorbehalten habe, das Gemeindebürgerrecht, nach Umſtänden, im Gnadenweg zu ertheilen; daß aber überall, wo derſelbe einmal dieſe Gnade hat eintreten laſſen, dem aufgenommenen Jude die nämlichen Rechte, wie jedem andern Bürger, zukommen, die Wirkung dieſer Begnadigung alſo eben ſo weit ſich erſtrecke, als wenn das Bürgerrecht kraft Geſetzes erworben wäre. Man führt hiefür weiter an, daß nicht nur in dem Bürgerrechtgeſetze vom 1. Februar 1809 (Regierungsblatt Nr. 9), deſſen allgemeine Beſtimmungen nach der landesherrlichen Verordnung vom 4. Mai 1812 (Reg. Bl. Nr. 19) auch für Iſraeliten gelten, von dem Antritte des angeborenen Bürgerrechts überhaupt, ſondern daß im Art. 18 und 23 des Edicts vom 13. Januar 1809 und in der Verordnung vom 4. Mai 1812. (Art. 1) von dem angeborenen Bürgerrecht der Iſraeliten insbeſondere die Rede ſei.

Allein §. 19 des VI. Conſtitutionsedictes ſagt ausdrücklich:

„Die Einwohner jüdiſcher Nation ſollen da, wo ſie bisher ſchon waren, nur als Schutzbürger anerkannt werden.“

Dem Regenten bleibt vorbehalten, Jeden, welcher wegen den Bürgerrechtserforderniſſen überhaupt, und insbeſondere wegen einer mit den Chriſten gleichförmigen Nahrungsart ſich ausweißt, gleichjezt allda mit dem Ortsbürgerrecht zu begnadigen.

Das Geſetz verlangt alſo beſtimmte Erforderniſſe: nur derjenige ſoll mit dem Bürgerrecht begnadigt werden, welcher gewiſſe perſönliche Eigenſchaften hat. Dieſe Eigenſchaften können aber nicht vererbt werden. Der Zweck des Geſetzes wäre vereitelt, wollte man annehmen, daß das jüdiſche Bürgerrecht, wie bei Chriſten, ſich auf die Kinder forterbe. Zudem bezeichnet der Ausdruck „begnadigen“ in ſeiner eigentlichen Bedeutung die Verleihung einer perſönlichen Vergünſtigung; wird das Gemeindebürgerrecht wegen beſonderer Qualität im Gnadenwege ertheilt, ſo kann die Wirkung einer ſolchen Begnadigung nicht auf die Kinder übergehen, von denen man nicht weiß, ob ſie die Lebensweiſe und Beſchäftigung ihres Vaters beibehalten würden.

Von dieſer Anſicht ging auch die Majorität der Kammer bei der Verhandlung vom 8. Juli 1831 aus; die Mehrzahl der Redner *) ſtimmten darin überein, daß das Ortsbürgerrecht der Juden ein perſönliches ſei, demnach nicht auf die Kinder vererbe.

Man betrachtete als Baſis dieſer Beſtimmung das VI. Conſtitutionsedict, welches nicht durch ein ſpäteres Geſetz aufgehoben und worin geſagt iſt, daß der Regent von dem Begnadigungsrecht nur dann Gebrauch machen wolle, wenn der einzelne Iſraelit durch ſeine Lebensweiſe und Annäherung an jene der Chriſten, Anlaß gebe, zu vermuthen, daß ſeine Begnadigung keine Störung im bürgerlichen Leben verurſachen werde; es wurde ferner dargethan, daß die ſpäteren Verordnungen (Art. 18. 23 des Edicts vom 13. Januar 1809. Art. 12 des Geſetzes vom 1. Februar 1809 und Verordnung vom 4. Mai 1812. Art. 1.), worin von einem angeborenen Bürgerrecht der Iſraeliten die Rede iſt, blos enunciative Worte enthalten, die nicht als allgemeine Norm dienen und wodurch die dispoſitiven Beſtimmungen des Conſtitutionsedicts in keinem Fall aufgehoben werden konnten; weßhalb aus ihnen, da durch ſie nur die bisherigen Rechte der Iſraeliten geregelt ſeien, kein unbedingt erbliches Ortsbürgerrecht der leztern abgeleitet werden könne. Es ergiebt ſich aber auch aus dieſen ſpätern Verordnungen, daß der Antritt des angeborenen Bürgerrechts ſtets von einer vorausgehenden Prüfung der geſetzlichen Re-

*) Darunter die Abgeordneten Rettig, v. Rotteck, Welcker, Aſchbach u. A.

Digitized by Google

quiſite abhängig gemacht werden ſoll. Denn die Abſicht der Geſetzgebung beſteht darin, zu verhüten, daß nicht Juden als Gemeindebürger aufgenommen werden, die ſich dem Nothhandel ſtatt einem ſonſtigen bürgerlichen Gewerbe ergeben, und dadurch jeden Einzelnen (alſo auch den Sohn eines jüdiſchen Ortsbürgers) zu veranlaſſen, daß er ſich über einen mit den Chriſten gleichförmigen Nahrungszweig erſt gehörig ausweiſe. (Landesherrliches Edict vom 13. Januar 1809 Nr. 18. 19).

Indeß läßt ſich keineswegs beſtreiten, daß auch für die entgegengeſetzte Meinung erhebliche Gründe angeführt werden, ſo wie ſchon in der Sitzung vom 8. Juli 1831 mehrere der Abgeordneten und ſelbſt der verſtorbene Miniſter Winter, ſich zu der von dem Verfaſſer vertheidigten Anſicht bekannten.

Dagegen iſt

zu 2. wohl nicht zweifelhaft, daß ein Iſraelite, dem das Gemeindebürgerrecht nicht angeboren iſt, in keinem Falle, auch wenn er die geſetzlichen Erforderniſſe beſitzt, ein Recht auf deſſen Erlangung geltend machen kann.

Wenn man den §. 18 des Edicts vom 13. Januar 1809 (Regierungsblatt Nr. 6), welcher verordnet, daß zum Antritt eines Gemeinde- oder Schutzbürgerrechts dem Iſraeliten ein auch für Chriſten gültiger Nahrungszweig erforderlich iſt, für ſich betrachtet, ſo ließe ſich allerdings, mit dem Verfaſſer jenes Aufſatzes, die Behauptung aufſtellen, daß da, wo dieſe Erforderniſſe vorhanden ſind, die bürgerliche Annahme nicht verweigert werden könne.

Dies iſt jedoch nicht der Fall.

Die Verordnung vom 4. Mai 1812 beſtimmt nehmlich, daß die Bürgerannahmgeſuche der Juden nach dem VI. Conſtitutionsedict und nach dem Edict vom 13. Januar 1809 behandelt werden ſollen. Das letztere fordert zum Antritt des Gemeindebürgerrechts einen auch für Chriſten beſtehenden Nahrungszweig; in dem Conſtitutionsedict aber hat ſich der Regent gleichwohl vorbehalten, Einzelne in beſondern Fällen mit dem Ortsbürgerrecht zu begnadigen.

Dieſes Wort kann hier nicht die Einräumung eines Rechts bedeuten; gerade der Gebrauch deſſelben in einem Verfaſſungsgeſetz beweißt, daß der Regent ſich ein wirkliches Begnadigungsrecht in Bürgerannahmſachen der Juden vorzubehalten gedachte, während den letztern ein Recht auf die Schutzbürgerannahme nach dem Geſetze zuſteht. Wäre die gegentheilige Anſicht, wonach das Wort „begnadigen" ſoviel als „gnädigſt ertheilen" heißen ſoll, die richtige, ſo enthielte das Geſetz in ſich ſelbſt einen Widerſpruch, wenn es auf der einen Seite verordnet, daß die Juden da, wo ſie bisher ſchon waren, nur als Schutzbürger anerkannt werden ſollen; auf der andern aber ſagte: ſie haben ein Recht zu verlangen, daß man ſie als Gemeindebürger aufnehme, im Fall ſie die geſetzlichen Erforderniſſe nachweiſen.

Dieſer Auslegung ſteht nicht entgegen, daß es in der erwähnten Geſetzesſtelle heißt: der Regent wolle dieſe Gnade Jedem zuwenden, der die geſetzlichen Erforderniſſe nachweißt. Es läßt ſich aus dem Gebrauch dieſes Wörtchens blos entnehmen, daß nur denen der Gnadenact zu Theil werden ſoll, welche die Erforderniſſe nachzuweiſen vermögen, wohl auch daß dieſe ein Recht haben, nach Maßgabe ihrer Befähigung das Gemeindebürgerrecht nachzuſuchen (ſ. Verordnung vom 13. Januar 1809 Art. 18. 22.); nicht aber, daß ihnen das letztere ertheilt werden müſſe.

Ebenſo ſcheint der Verfaſſer zu weit zu gehen, wenn er auf den Grund der Worte „gleich jetzt ſchon" annimmt, daß der Regent jenen Vorbehalt nur für die Zeit, da jenes Edict erlaſſen wurde, gemacht habe. Betrachtet man die Ertheilung des iſraelitiſchen Gemeindebürgerrechts als Gnadenſache, ſo läßt ſich nicht unterſtellen, daß Derſelbe in der Ausübung dieſes Rechts ſich ſelbſt habe beſchränken wollen; vielmehr geht aus dem Zuſammenhang jener Stelle hervor, daß Er ſich ſolches unbeſchränkt (auch für die Zukunft) vorzubehalten gedachte.

Endlich wird eingewendet, daß der Regent Sich vorbehalten habe, das Gemeindebürgerrecht an diejenigen Iſraeliten zu ertheilen, welche die geſetzlichen Erforderniſſe nachweiſen, die Ausübung dieſes Vorbehalts aber, als Ausfluß der höchſten Gnade, nur der Krone zuſtehen könne. Allein man darf nicht vergeſſen, daß das fragliche, dem Regenten urſprünglich zugeſtandene Recht in Folge ſpäterer Verordnungen (Organiſationsedict vom 26. November 1809., Verordnung vom 4. Mai 1812. Verordnung vom 8. Juli 1819. Regierungsblatt Nr. 21) auf die einzelnen Staatsbehörden in der Art übergegangen iſt, daß dieſe nun die bürgerliche Annahme, nach vorgängiger Prüfung, ertheilen oder ver-

Digitized by Google

weigern. Diese Stellen haben, an Statt des Regenten, innerhalb ihrer Competenz die einkommenden Bürgeraufnahmgesuche zu erledigen. Dieselben dürfen nun freilich nicht nach Gunst oder Willkühr — dies beabsichtigte auch der Regent nicht als er sich die Begnadigung vorbehielt — sondern nur mit Berücksichtigung der besondern Verhältnisse, die Aufnahme bewilligen oder versagen. Der Umstand aber, daß sie hiebei das Vorhandenseyn der gesetzlichen Erfordernisse prüfen sollen, berechtigt noch nicht zu dem Schlusse, daß sie die Annahme jedem, welcher diesen Erfordernissen im Allgemeinen Genüge leistet, ertheilen müssen; ebensowenig, als daraus, daß in Orten, wo schon Juden sich befinden, die Aufnahme neuer jüdischer Ortsbürger, selbst gegen den Willen der Gemeinde ausgesprochen werden kann, (Verordnung vom 8. Juli 1819. Regierungsblatt Nr. 21) gefolgert werden darf, daß solche ein Recht haben, die Aufnahme in den Gemeindsverband zu verlangen. — Hiernach ist der Satz, welchen der Verfasser am Ende seines Aufsatzes (unmittelbar vor §. 11) aufgestellt hat, dahin zu berichtigen: daß inländische Juden auch in den Gemeinden, wo bisher schon Glaubensgenossen von ihnen waren, dennoch kein Recht auf bürgerliche Annahme anzusprechen haben, selbst wenn sie das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse nachzuweisen vermögen, daß vielmehr die competenten Behörden im einzelnen Fall entscheiden, ob das vorgebrachte Gesuch sich zu einer willfährigen Entschließung eigne, oder nicht.

In diesem Sinne hat auch das großherzogliche Ministerium des Innern in einem neuern Falle (mittels Erlaß vom 25. Oktober vorigen Jahrs Nr. 11056) erkannt:

„Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß nach §. 19 des VI. Constitutionsedikts von 1808 (Regierungsblatt Nr. 19) und nach der Verordnung vom 12. Mai 1812 Regierungsblatt Nr. 19) die Aufnahme von Juden als Ortsbürger in solchen Gemeinden, in welchen schon Juden ansäßig sind, selbst gegen den Willen der Gemeinde von Seiten der Staatsbehörden in dem durch die Competenzverordnung vom 17. Juli 1833 (Regierungsblatt Nr. 32) geordneten Instanzenzuge (Verordnung vom 1. Mai 1839 Regierungsblatt Nr. 17) geschehen kann; allein daraus folgt nicht, daß im einzelnen Falle dem Aufnahmsgesuch stattgegeben werden müsse, beziehungsweise, daß der Israelite ein Recht auf die Aufnahme habe, wenn er alle jene Erfordernisse, welche die Gemeindeordnung von 1831 für die bürgerliche Aufnahme eines christlichen Staatsangehörigen vorschreibt, und weiter noch denjenigen Vermögensbesitz nachweißt, den die Verordnung vom 4. Mai 1812, bezüglich auf das Bürgerrechtgesetz vom 1. Februar 1809 (Regierungsblatt Nr. 9) in §§. 11 und 13 von einem Israeliten verlangt.

Als Fälle, in welchen die Juden mit der Aufnahme als Ortsbürger, gegen den Willen der Gemeinden, von der Staatsbehörde begnadigt werden können, bezeichnet Nr. 19 des VI. Constitutionsedikts im Allgemeinen jene, in welchen sich die Juden, neben den Bürgerrechtserfordernissen die für Christen gelten, zugleich wegen einer mit den christlichen Einwohnern gleichförmigen Nahrungsart ausweisen."

Ahles.

III.

Rechtsfall.

I. Abläugnen der Unterschrift des Regenten. Proceßordnung §§. 439 u. 400.

II. Beurkundung der Schenkungen des Regenten. Landrechtsatz 931.

III. Umfang einer Bürgschaft. Landrechtsatz 2015, 2016.

Zimmermann Christoph M in Pforzheim hatte im Jahr 1838 den Bau eines Schaafstalles auf dem S. K. H. dem Großherzog zugehörenden Karlshauser Hof übernommen, wozu verschiedene Handwerksleute Arbeit und Waare lieferten. Accordgemäß hatte der Bauübernehmer Zimmermann M. bei Vermeidung einer Conventionalstrafe von 1000 fl. den Bau zu einer bestimmten Zeit zu vollenden, und bis zum Betrag von eben dieser Summe Sicherheit zu leisten. Diese Sicherheitsleistung erfolgte durch Bürgschaft des Vaters des Bauübernehmers, Säger Christoph M. (Der Inhalt der Bürgschaftsurkunde soll unten mitgetheilt werden.)

Zimmermann M. vollendete den Bau nicht zur festgesetzten Zeit, und wurde gerichtlich zu einer Conventionalstrafe von 795 fl. verurtheilt. Da er in Gant gerieth, so begab es sich, daß die Strafgedingsforderung und die Forderungen vieler anderer Gläubiger, insbesondere der

erwähnten Handwerksleute, die zum Bau Leistungen oder Lieferungen gemacht hatten, in Verlust fielen.

An die letztgenannten Gläubiger, die Handwerksleute, soweit sie in Verlust fielen, überließ nun S. K. H. der Großherzog die aus der Bürgschaft abgeleitete Forderung gegen den Vater des Gantmanns in der Art, daß den Gläubigern gestattet sein solle, die in Frage stehende Forderung zu ihrem Vortheil nach Uebereinkunft unter sich und nach ihrem Gutfinden auf ihre Kosten einzuklagen.

Ziegler K. von Bauschlott und Ziegler K. von Stein traten hierauf auf den Grund jener Ueberlassung und der angeführten Thatsachen gegen den Bürgen (in getrennten Klagen) gerichtlich auf, indem sie nach Verhältniß ihres Forderungsbetrages und der vorzunehmenden Vertheilung unter die mitberechtigten Gläubiger Befriedigung aus 795 fl. als dem Betrag der Conventionalstrafe begehrten.

Die eingeleiteten Verhandlungen gaben Anlaß zur Erwägung mehrerer mittheilungswerthen Rechtsfragen:

I. Im Laufe der ersteren Klagsache läugnete der beklagtische Anwalt, von einer mehr *beliebten* als *belobten* Vertheidigungsform in vollem Maße Gebrauch machend, nicht nur die Uebertragung der fraglichen Forderung, sondern auch die Aechtheit der zum Beweise vorgelegten Urkunde, eines von Sr. Königl. Hoheit selbst unterzeichneten Erlasses der Großherzoglichen Privatkasse, mit der Erklärung: *Er kenne die Unterschrift nicht.*

Es fragte sich nun: Wie ist dieses Ablängnen der Unterschrift des Regenten zu behandeln?

Der Unterrichter entschied sich dahin:

In Betracht, daß die vom Beklagten mit Nichtkennen der Unterschrift beanstandete Urkunde vom 23. Januar 1840, da sie von S. K. H. dem Großherzog nicht in der Eigenschaft als Regent, vielmehr in reinen Privatrechtsverhältnissen ertheilt ist, nicht unter Landrechtsatz 1317 fällt, sondern als eine Privaturkunde erscheint, und unter die Bestimmungen der Proceßordnung §. 436 fällt; in Betracht dagegen, daß die Unterschrift S. K. H. des Großherzogs allgemein, insbesondere auch dem Gericht (als solchem) wohl bekannt ist, nach Proceßordnung §. 400 aber, welcher durch §. 439 nicht beschränkt oder abgeändert ist, sondern die allgemeine Regel enthält, eine Thatsache, wofür *Offenkundigkeit* spricht, keines Beweises bedarf, sei die Erklärung des Beklagten, daß er die Unterschrift nicht kenne, nicht zu berücksichtigen.

Dieser Gesichtspunkt scheint mir derjenige zu sein, von welchem allein man zu einer passenden und richtigen Beantwortung der Frage gelangt. In der zweiten Instanz und in der andern Klagsache kam die Frage aus unten sich ergebenden Gründen nicht in Betrachtung.

II. Eine weitere wichtige Frage ist die:

Findet die Vorschrift des Landrechtsatzes 931, wonach zu einer Schenkung in der Regel eine von Staatsschreibern in der gewöhnlichen Form gefertigte Urkunde erforderlich ist, auch auf Schenkungen des Regenten Anwendung?

Der Unterrichter entschied sich für die Verneinung der Frage, indem er in Erwägung zog, daß die Vorschrift des Landrechtsatzes 931 auf die in Frage stehende, allerdings unter den Begriff einer Schenkung fallende Gnadenhandlung S. K. H. des Großherzogs deßhalb keine Anwendung finde, weil es ein in der Natur der Verhältnisse, in der Stellung des Regenten als Staatsoberhaupt begründetes, im gemeinen Recht von jeher anerkanntes Recht des Regenten ist, daß Schenkungen desselben von den für gewöhnliche Schenkungen vorgeschriebenen sichernden Formen befreit sind (vergl. l. 34 pr. C. de donationibus 8, 54, wornach bei Schenkungen des Regenten die für bedeutendere Schenkungen erforderliche gerichtliche Eintragung, Insinuation, wegfällt), und weil nicht anzunehmen ist, daß sich der Staatsherrscher mit Verkündung des Landrechtes solchen Vorrechtes begeben wollte.

Der entgegengesetzten Ansicht folgte das Obergericht nach den Entscheidungsgründen zu dem auf Appellation in der zweiten Klagsache, Ziegler K. von Stein gegen Säger M. gefällten Urtheil, indem es sich darauf beschränkte, nach vorgängiger Nachweisung, daß eine reine Schenkung vorliege, da von einer Entgeltung hiebei keine Rede sei, die Bestimmung des Landrechtsatzes 931 mit dem Anfügen, daß sie für *alle* Personen rücksichtlich ihrer bürgerlichen Rechtsverhältnisse zur Anwendung komme, anzuführen.

Mir scheint die erstere Ansicht die richtige zu sein, und ich füge dem Obigen noch Folgendes bei: Die Vorschrift der Insinuation aller Schenkungen über einen gewissen Betrag, nach römischem Recht früher 200, dann 300,

Digitized by Google

dann 500 Solidi, galt auch in Deutschland als gemeinrechtlich. Nach den verschiedenen Ortsrechten war der gesetzlich angenommene höchste Betrag für die Wirksamkeit uneingeschriebener Schenkungen sehr verschieden. So z. B. war er nach baden-durlachischem Rechte nur 100 fl., nach würtembergischem 200 fl., nach kölnischem und anderen Rechten dagegen eine weit höhere Summe. Die Vorschrift der erwähnten l. 34 pr. C. de donationibus über Schenkungen des Regenten wurde zur Zeit des noch bestehenden deutschen Reiches, in Uebereinstimmung mit dem sonstigen Rechtsverhältniß der unter der Oberhoheit des Kaisers und Reichs stehenden Regenten auch auf diese angewendet.

Vergl. *Lauterbach*, collegium Pandectarum L. 39, t. 5, §. 16 und die dort angeführten Schriftsteller.

Als mit Auflösung des deutschen Reichsverbandes die beschränkte Landeshoheit der deutschen Regenten, welche ihre Selbstständigkeit retteten, in unbeschränkte Staatshoheit überging, wurde die Anwendbarkeit der erwähnten Vorschrift auf jene Regenten noch unbestreitbarer.

An die Stelle der früher geforderten gerichtlichen Eintragung größerer Schenkungen hat nun der französische Gesetzgeber die mehrerwähnte, augenscheinlich auf dem gleichen Grund und Zweck beruhende Vorschrift des Art. 931 gesetzt.

Daß er keine Ausnahme hinsichtlich des Regenten beifügte, und dieser Punkt auch in den Motiven und Discussionen nicht berücksichtigt wurde, war sehr natürlich, weil zur Zeit, als das Gesetz berathen und erlassen wurde, das französische Reich — wenngleich immer mehr und mehr nur dem Namen nach — noch ein Freistaat war, jene Ausnahme mithin von selbst wegfiel. Muß man hiernach auch zugeben, daß das reine französische Gesetz seinem Ursprung nach eine solche Ausnahme nicht zulassen konnte, seinem Geiste nach sie nicht zulassen wollte, so gestaltet sich doch wohl nach unserem badischen Rechte die Sache anders. Unser Vaterland war zur Zeit der Verkündung des noch geltenden badischen Landrechtes kein Freistaat, sondern eine unbeschränkte Monarchie, und ist noch jetzt eine Monarchie mit einer landständischen Verfassung, wornach dem Grundwesen einer Monarchie gemäß der Regent alle Rechte der Staatsgewalt in sich vereinigt. §. 5 der Verfassungsurkunde.

Im badischen Landrechte, so wie in den Erläuterungen, ist nun freilich der fragliche Punkt auch mit Stillschweigen übergangen worden; allein, wenn man, wie es sich gebührt, die Verhältnisse unserer Staatsverfassung, die Stellung des Regenten, in dessen Namen und Auftrag alle Gerichtsbarkeit, streitige und freiwillige ausgeübt wird, gehörig beachtet, wenn man den Grund der fraglichen Ausnahme, wie er in der Natur der Sache begründet erscheint, und von dem richtigen juristischen Tact des Römers und von jeher anerkannt wurde, gehörig ins Auge faßt, wenn man erwägt, wie der badische Gesetzgeber sich, zumal in allem an das öffentliche Recht anstreifenden Beziehungen, bemühte, das Landrecht mit Ausschluß alles mit unseren Staatseinrichtungen nicht Verträglichen „an die hieländischen Rechtserwartungen" anzuschließen, so wird man sich für die Annahme entscheiden, daß der badische Gesetzgeber nur deßhalb eine ausdrückliche Ausnahme hinsichtlich der Schenkungen des Regenten beizufügen unterließ, weil er es als unbezweifelt voraussetzte, daß bei Schenkungen des Regenten die Förmlichkeit des Landrechtsatzes 931 wegfalle. Vor welcher Behörde, frage ich, sollte auch der Regent sein Gesuch um Fertigung der Schenkungsurkunde anbringen? etwa vor dem Amtsrevisor oder Notar wie ein gewöhnlicher Staatsbürger? oder vor der Kreisregierung, wie ein Standesherr? vor einem Ministerium? oder vor welcher Behörde sonst, vor welcher, die nicht ihr Beurkundungsrecht nur in Seinem Namen und Auftrag ausübte?

Hiernach und nach dem Obigen wird die unterrichterliche Entscheidung gerechtfertigt erscheinen. Man könnte sich vielleicht zur Begründung der Gegenansicht darauf beziehen, daß man im Gefolge der anderen Ansicht dazu kommen würde, auch Schenkungen von Privatleuten zu Gunsten des Regenten gemäß der Novell. 52 cp. 2 von der Regel des Landrechtsatzes 931 auszunehmen, was ein augenscheinlicher Mißstand sein würde. Allein es wird nicht schwer halten, zu zeigen, daß der letztere Fall ein ganz anderer ist. Hier handelt es sich nicht um eine Willenserklärung des Regenten, sondern um Rechtshandlungen von Staatsbürgern, die in allen Beziehungen unter das bürgerliche Recht fallen. Die oben angeführten, aus der Stellung des Regenten abgeleiteten Gründe u. s. w. schlagen hier nicht an. Man möchte vielleicht ferner, wie es die Neigung der Zeit mit sich bringt, vom Standpunkt irgend einer Partei aus die politische Seite der Frage

Digitized by Google

anregen. Hiergegen wird indeſſen vor Allem zu erinnern ſein, daß auf den Spruch eines deutſchen Richters die ſchwanken Rückſichten politiſcher Meinung keinen Einfluß haben dürfen, im Uebrigen wird es genügen, darauf hinzuweiſen, wie es eben ſo wenig dem Intereſſe der Staatsbürger als der Würde des Regenten erſprießlich zu ſein ſcheint, wenn Freigebigkeitshandlungen des letztern naturwidrig beſchränkt werden.

III. In der erſten Klagſache wurde in erſter Inſtanz, nachdem der Kläger Ziegler L. von Bauſchlott den ihm abverlangten Beweis nach Anſicht des Unterrichters in den Hauptſtücken durch Urkunden geführt hatte, demgemäß zu ſeinen Gunſten erkannt, während in der zweiten Klagſache der Kläger, Ziegler K. von Stein, deßhalb abgewieſen wurde, weil er die bezügliche Urkunde mit der Unterſchrift S. K. H. des Großherzogs nicht in Urſchrift beigebracht hatte.

In zweiter Inſtanz wurde in beiden Sachen abweislich erkannt, und zwar wurde in erſter Klagſache die Abweiſung bloß darauf begründet, daß der Gerichtshof annahm, die Bürgſchaft des Beklagten erſtrecke ſich nicht auf die in Frage ſtehende Forderung, da nach Landrechtſatz 2015 eine Bürgſchaft nicht über die Schranken, worin ſie geleiſtet wurde, ausgedehnt werden dürfe, nach der Bürgſchaftsurkunde aber der Beklagte nur für Bauarbeiten, nicht aber auch für die fragliche Conventionalſtrafe, welche für den Fall der verſpäteten Vollendung der Bauarbeiten bedungen wurde, Bürgſchaft geleiſtet habe; in der zweiten Klagſache dagegen wurde als Grund der Abweiſung die unter Nr. II bereits beſprochene Entſcheidung hinſichtlich der Anwendbarkeit des Landrechtſatzes 931 vorangeſtellt, und die obenangeführte Anſicht über den Umfang der Bürgſchaft mehr nur zur Unterſtützung und, wie wie es ſcheint, minder zweifellos hinzugefügt.

Ohne auf eine Beurtheilung der hofgerichtlichen Entſcheidung, ſo weit ſie ſich auf Landrechtſatz 2015 ſtützt, weiter einzugehen und näher zu unterſuchen, in wie weit die Beſtimmung des Landrechtſatzes 2016 über den Umfang einer unbeſtimmten Bürgſchaft im vorliegenden Falle Anwendung findet, will ich zur Veranſchaulichung des Falles nur das hervorheben, daß der Bauübernehmer Chriſtoph M. wegen Erfüllung des betreffenden, das Strafgeding enthaltenden Accordes für 1000 fl. Sicherheit zu leiſten hatte, die Bürgſchaftsurkunde aber alſo lautete:

„Unterſchriebener übernimmt die Bürgſchaft für den Betrag von 1000 fl. (Eintauſend Gulden), als für welchen mein Sohn, der hieſige Bürger und Zimmermeiſter Chriſtoph M. wegen der von Großherzoglicher Verwaltung Bauſchlott übernommenen Bauarbeit auf dem Karlshauſer Hof Sicherheit zu leiſten hat.

Pforzheim, den 21. Mai 1838.

Chriſtoph M.

Eduard Brauer.

IV.

Hat der Verkäufer einer Liegenſchaft ein Klagrecht gegen den Käufer, denſelben für ſchuldig zu erklären, den Kauf in das Grundbuch eintragen zu laſſen? Landrechtſätze 1583, 1583 a.

(Man vergl. dieſe Annalen vom Jahre 1842 S. 135, 251.)

Um meinem Verſprechen Genüge zu leiſten, theile ich die Entſcheidungsgründe, welche das Urtheil Großherzoglichen Oberhofgerichtes vom 22. März 1843 in Sachen Hanſſer gegen Zuck motivirten, und welche ſich für die Bejahung obiger Frage ausſprechen, in Folgendem mit:

Das Klagbegehren iſt allerdings nur darauf gerichtet, daß der Beklagte für ſchuldig erkannt werde, das von dem Kläger um 2000 fl. erkaufte Haus (ſollte heißen Hauskauf) zum Grundbuche eintragen zu laſſen, aber dennoch erſcheint die erhobene Klage in Rechten begründet.

Zwar beſteht nach Landrechtſatz 1650 die Hauptverbindlichkeit des Käufers darin, daß er den Kaufpreis an dem vertragsmäßigen Tage und Orte bezahlen muß, und darauf wird auch gewöhnlich das Begehren des gegen den Käufer auf Erfüllung klagenden Verkäufers gerichtet ſein. Allein der Käufer kann auch andere in den Landrechtſätzen 1650 bis 1657 nicht ſpeciell genannte Nebenverbindlichkeiten haben, und deßwegen der Verkäufer, welcher im einzelnen Falle weder bereits ein Intereſſe haben, noch ſogar berechtigt ſein könnte, den Kaufſchilling einzuklagen (wenn nämlich Zahlungsfriſt bedungen iſt) doch ſchon jetzt (vor deren Ablauf) veranlaßt ſein, eine ſolche acceſſoriſche Verbindlichkeit des Käufers geltend zu machen, und zu dieſem Zwecke die Contractsklage zu erheben, wie namentlich dann, wenn er verlangt, daß der Käufer den Kauf zum Grundbuche eintragen laſſe, beziehungsweiſe zu dem Eintrage mitwirke.

Digitized by Google

Dieß zu begehren, hat der Verkäufer nicht bloß ein Interesse, sondern auch das klagbare Recht. Nicht genug, daß der Verkäufer bis nach erfolgter Eintragung für alle auf dem Verkaufsobjekte ruhenden öffentlichen Lasten zu haften hat, und so lange allen dinglichen und Pfandklagen ausgesetzt ist, ist auch bei markgräflichen Gütern die durch den Gemeinderath zu ertheilende Gewährung dadurch bedingt, und bewahrt der Eintrag nach Landrechtsatz 2108 dem Verkäufer sein Vorzugsrecht für den Kaufschilling *).

Sind hiernach gewisse — von den Contrahenten unzweifelhaft beabsichtigte — Folgen des durch den Verkauf begründeten Eigenthumsüberganges durch ein Handeln des Käufers, seine Mitwirkung zur Eintragung, bedingt, so muß auch dem Verkäufer das Recht zustehen, darauf zu klagen, und dieses um so gewisser, als Landrechtsatz 1583 a die Eintragung zum Grundbuch als eine vom Käufer einzuhaltende Förmlichkeit absolut gebietend vorschreibt.

Dem steht auch nicht entgegen, daß bei der hierauf beschränkten Klage in der Regel, wie in dem vorliegenden Falle, die Frage über die Rechtsbeständigkeit des Kaufes nicht schon zum Voraus entschieden, oder diese Rechtsbeständigkeit vom beklagten Theile nicht anerkannt ist, weil das Recht, die Eintragung zu verlangen, an sich, in thesi, schon durch den Kaufvertrag besteht, wo aber dessen Existenz in concreto bestritten wird, auch das klagbar zu machende, im Gesetze besonders hervorgehobene Hauptrecht aus dem Verkaufe, durch die Nachweisung des Daseins seiner Quelle, des Vertrags, ebenso bedingt ist, wie das angeführte Nebenrecht auf die Eintragung, und deßwegen hier wie dort über Existenz und Giltigkeit des Vertrags verhandelt und implicite mit entschieden werden muß.

Die erhobene Klage ist daher allerdings in Rechten begründet, auch steht ihr die Einrede, daß der Kläger nicht den bereits seiner Seits geschehenen Vollzug behauptet habe, nicht entgegen, weil dieser Einwand überhaupt nur da von Wirkung sein kann, wenn Zug um Zug verkauft worden ist,

Zachariä, Handbuch 2. B. S. 365.

*) Kann eine dritte Person Vorzugs- und Unterpfandsrecht auf die Liegenschaft erwerben, ohne daß dieselbe auf den Namen des Käufers ins Grundbuch eingetragen ist? Vergl. Landrechtsatz 1583 a.

und der Verkäufer auf Erfüllung eines unbestrittenen Kaufes klagt, nicht aber da, wo, wie in dem vorliegenden Falle, das Dasein eines nur zum Zwecke der Erfüllung einer Nebenverbindlichkeit behaupteten Verkaufes selbst, in Abrede gestellt wird. Dr. Uihlein.

V.

Eine Anwendung des Landrechtsatzes 1230.

(Von Strafgedingen.)

Hannover gegen Jehle.

Ein Schuldner versprach seinem Gläubiger in einer Schuldurkunde, seine Schuld in fünf namhaft gemachten Terminen zu bezahlen, und fügte bei:

„Sollten aber diese Termine nicht zur Verfallzeit von mir eingehalten werden, so muß die ganze Summe bezahlt werden."

Der Schuldner hielt den ersten Termin nicht ein, und der Gläubiger klagte in dessen Folge die ganze Summe auf den Grund des Schuldscheins ein.

Der Schuldner wendete ein, der Gläubiger könne nur den ersten Termin, nicht die ganze Summe, einklagen, weil er nicht in Verzug gesetzt sei. Er berief sich auf Landrechtsatz 1230, welcher sagt:

„In keinem Fall, der Hauptverbindlichkeit mag eine Erfüllungszeit vorgeschrieben sein oder nicht, ist die Strafe verwirkt, ehe der schuldige Theil im Verzug ist."

Alle drei Instanzen haben diese Einrede für begründet gehalten, dem Kläger nur den ersten Termin zuerkannt, und ihn mit der weiteren Forderung zur Zeit abgewiesen; die Entscheidungsgründe des Großherzoglichen Oberhofgerichts sind folgende:

Nach dem Klagvortrage sowohl wie nach dem Inhalte der zum Beweise desselben produzirten Urkunde vom 10. Januar 1839 soll der Beklagte die Verbindlichkeit zur alsbaldigen Zahlung der ganzen eingeklagten Forderung vor dem bedungenen Zahlungstermine nur für den Fall der Nichteinhaltung der letzteren übernommen haben, was nach Landrechtsatz 1226 als ein Strafgeding erscheint, welches zur Sicherheit des Klägers dafür, daß die Verbindlichkeit der Zahlung der Termine pünktlich erfüllt werde, festgesetzt wurde.

Die Strafe, welcher sich der Beklagte unterwarf, war der Verlust der bewilligten Zahlungsfristen, die er einzuhalten versprochen hatte. Diese Strafe wäre aber nach Landrechtsatz 1230 nur verwirkt gewesen, wenn der Beklagte wegen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, nämlich der Zahlung des zur Zeit der Klagerhebung fällig gewesenen ersten Termins von 440 fl. in Verzug gesetzt worden wäre, worüber sich weder in der Klage noch im Laufe der Verhandlung eine thatsächlich begründete Behauptung findet.

Es fehlt hiernach an dem Dasein einer zur Geltendmachung des bedungenen Strafgedinges von dem Gesetze vorgeschriebenen Voraussetzung, weßhalb von den Richtern der vordern Instanzen mit Recht, wie geschehen, erkannt wurde. Gernandt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 28. Karlsruhe den 15. Juli 1843.

I.

(Hofgericht des Oberrheinkreises.)

Raub durch Entreißung von Urkunden.

Der Israelite B. zeigte dem Amte Kenzingen an, daß er von G. zweier Handschriften beraubt worden sei, deren Betrag von 83 fl. und 85 fl. derselbe ihm schulde. G. habe ihn unter dem Vorwande, daß er mit ihm abrechnen und ihn bezahlen wolle, ersucht, in sein Haus zu kommen. Er habe sich hierauf mit den beiden Handschriften in dessen Wohnung begeben, wo er den Schuldner ganz allein getroffen habe. Bald sei ihm dessen Benehmen verdächtig vorgekommen, weßhalb er darauf bedacht gewesen sei, von ihm los zu kommen. Ehe er jedoch die Thüre der Stube, worin er sich mit G. befunden, erreicht, habe dieser ihn angegriffen, zu Boden geworfen und unter Mißhandlungen und der Drohung, daß er ihm mit seinem Rebmesser die Kehle abschneide, wenn er schreie, mit der einen Hand ihn gewaltsam auf dem Boden niedergehalten, mit der andern ihm in die Rocktasche gegriffen, in der er die Handschriften gehabt, solche herausgenommen und sei sodann damit verschwunden. So wie G. ihn losgelassen, sei er, B., an das Fenster geeilt, habe eine Scheibe zerschlagen und zu dieser Oeffnung hinaus mit dem Schrei „Feurio" um Hülfe gerufen.

Von dieser Erzählung B.'s konnte bei der hierauf eingeleiteten Untersuchung wegen Raubs nur der letzte Theil durch Zeugen bestätigt werden, welche auf den Lärm in größerer Zahl herbeieilten und als sie B., mit dem Kopf unter der bemerkten Oeffnung gewahrten und schreien hörten, in die Stube hinein gingen, woselbst sie außer B. Niemand fanden.

G. läugnete in der Untersuchung die ganze That, behauptete das alibi, und bestritt, dem B. irgend etwas zu schulden. Obschon dem Angeschuldigten der versuchte Beweis des alibi mißglückte und außer der Angabe des B. noch einige andere Verdachtsgründe gegen ihn sprachen (das Nähere ist hier von keinem Interesse), so war man, als es zur hofgerichtlichen Aburtheilung kam, doch allerseits darüber einig, daß der Beweis bloß zur Klagfreierklärung hinreiche. Diese ward nach dem Antrag der beiden Hauptvotanten auch durch (einfache) Majorität beschlossen.

Die Minorität nahm jedoch den Thatbestand des Raubs nicht an, indem sie der Ansicht war, daß an derartigen Urkunden, die an sich keinen Werth haben, ein Raub nicht begangen werden könne.

Wenn gleich im vorliegenden Falle die Meinungsverschiedenheit von keinem praktischen Erfolge war, so ist doch die Entscheidung der Streitfrage nicht bloß in Bezug auf den Raub, sondern auch bezüglich auf die verwandten Verbrechen des Diebstahls, Betrugs und Falsums so folgenreich und der Gegenstand daher im Allgemeinen von so wichtigem Interesse, daß eine nähere Erörterung desselben hier wohl am Platze sein mag.

Zum Raub gehört, was zum Thatbestand des Diebstahls erforderlich ist, und dazu noch weiter die Anwendung von Gewalt gegen die Person (den Inhaber) als Mittel der Besitzergreifung *). Wir werden deßhalb unsere Erörterung mit der Untersuchung der Frage beginnen: in wiefern ein Diebstahl an Urkunden begangen werden könne?

---

*) Feuerbach, Lehrbuch §. 354 und 355.
Wächter, Lehrbuch des Kr. R. Bd. II. S. 347.

Digitized by Google

Daß nach dem römiſchen Rechte an Urkunden ein Diebſtahl begangen werden konnte, unterliegt keinem Zweifel. Es iſt dies theils ganz ausdrücklich ausgeſprochen, theils ergiebt es ſich aus den allgemeinen Grundſätzen. In l. 27. l. 32 und l. 82. §. 3. Dig. de furtis iſt dies namentlich klar und beſtimmt ausgedrückt, und zwar gilt darnach der Diebſtahl für ſo groß, als der Betrag der Schuldurkunde iſt. Dieſer wird in der Regel als das Intereſſe (quod interest) des Beſtohlenen angeſehen, und bei der Beſtrafung zu Grund gelegt, welche bekanntlich nur eine Privatſtrafe (das duplum) war. In der zuerſt allegirten Pandektenſtelle heißt es: Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum ipsarum tabularum, verum ejus summae, quae in his tabulis continetur. Beſitzt aber der Gläubiger noch eine zweite gleiche Beweisurkunde, ſo iſt nach dem weitern Inhalt dieſer Stelle die Entwendung des einen Exemplars kein Diebſtahl (non furti tenetur) — ganz konſequent, weil die actio furti der Römer nur eine (vergrößerte) Entſchädigungsklage war, zu welcher im letztern Falle die Grundlage, ein Schaden (id quod interest) fehlte. Dabei nahmen ſie es aber in Bezug auf den Werth oder das Intereſſe des Gläubigers an der Urkunde ſo ſtreng, daß ſie ſelbſt dann noch ein ſolches unterſtellten, wenn die Schuld bezahlt war. Als Grund wird angeführt: quia nonnunquam calumniantur debitores quasi indebito soluto ab his: interesse creditoris tabulas habere, ne forte controversiam super ea re patiatur. (Mit dieſer Strenge wird man wohl ſchwerlich bei uns mehr den Werth der Urkunden verſtehen.) Dieſelbe Grundanſicht, daß die Urkunden überhaupt einen Vermögenswerth haben oder ein Eigenthum von Werth ſeien, iſt auch in der L. 2. de lege Cornelia de falsis (48. 10) ausgeſprochen: die Vertilgung ꝛc. eines einem Andern gehörigen werthloſen Papiers könnte keine Fälſchung ſein.

Aber auch ſchon nach den allgemeinen Beſtimmungen des R. R. über das Furtum ergiebt ſich daſſelbe Reſultat. Der Diebſtahl wird in L. 1. §. 3. Dig. de furt. definirt, als: *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*, vel *ipsius rei*, vel etiam usus ejus, possessionis ve. Daß darunter auch Schuldurkunden fallen, ſomit obige Pandektenſtellen nichts als eine Entwickelung dieſes allgemeinen Grundſatzes ſind, ſcheint keiner weitern Nachweiſung bedürftig zu ſein.

Abgeſehen von dem Umfange, und namentlich das furtum usus und possessionis abgerechnet, welche das deutſche Recht nicht kennt, iſt dieſe Begriffsbeſtimmung des §. 3 im Weſentlichen auch in das gemeine deutſche Strafrecht übergegangen, namentlich auch von der P. G. O., welche darin (Art. 157, ſo wie in dem Art. 126 vom Raub) nichts geändert hat, aufgenommen worden, ſo daß jedoch nach der jetzt zur allgemeinen Herrſchaft gelangten Anſicht die Beſitzergreifung im rivilrechtlichen Sinne zur Vollendung des Verbrechens gehört und folglich in dieſem Sinne das Wort contrectatio zu verſtehen iſt *). Gewöhnlich wird dies durch „Zueignung" ausgedrückt. In der gemeinrechtlichen Doktrin **) und in den aus ihr hervorgegangenen neuern Geſetzbüchern wird daher der Begriff des Diebſtahls ziemlich übereinſtimmend bezeichnet, als: die rechtswidrige vorſätzliche Wegnahme einer (fremden) beweglichen Sache wider den Willen des Eigenthümers oder Inhabers, jedoch ohne das Mittel der Gewalt an einer Perſon, in der Abſicht eines Gewinns.

Weil man durch dieſes letzte Merkmal den Begriff für zu eng gefaßt hält und nicht ohne Grund beſorgt, daß dadurch insbeſondere die Entfremdung in der Abſicht, das Geſtohlene wieder wegzuſchenken, als vom Diebſtahl ausgeſchloſſen betrachtet werden könnte, hat man auch ſtatt deſſelben die Worte: rechtswidrige Zueignung ***) gewählt. Daſſelbe bezweckt auch die mit der Beſtimmung des baieriſchen Strafgeſetzes: „um daſſelbe (Gut) rechtswidrig als Eigenthum zu haben" (§. 209) übereinſtimmende Bezeichnung Mittermaier's ****): „in der Abſicht, um auf eine nur dem Eigenthümer zuſtehende Art über die Subſtanz der Sache zu verfügen". Das königlich ſächſiſche Strafgeſetz drückt ſich (in §. 223) ſo aus: „Wer eine fremde bewegliche Sache ohne

*) Wächter, im Lehrb. a. a. O. S. 228, und derſelbe in Weiske's Rechtslex., ſ. v. Diebſtahl S. 400.

**) So z. B. Quiſtorp (Ausg. v. Klein), Lehrb. §. 341.
Tittmann, Handb. §. 404.
Feuerbach, Lehrb. §. 314.
Henke, Handb. II. Bd. S. 398.
Wächter, Lehrb. II. §. 189.
Martin, Lehrb. §. 141.

***) Wächter, Rechtsl. S. 398.

****) In ſeiner Ausgabe des Feuerbach'ſchen Lehrb. zu §. 314. Not. 5.

Einwilligung des Inhabers, jedoch ohne Gewalt an einer Person, mit der Absicht an sich nimmt, sich dieselbe zuzueignen, und dadurch sich oder einem Andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, ist folgendermaßen zu bestrafen." Aehnlich das württembergische Strafgesetz in §. 316, welches aber die contrectatio so giebt: „in seinen Besitz nimmt, um sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen". Ferner: Das Strafgesetz für Hannover, §. 279; das Krim. Ges. für Braunschweig, §. 213; das großh. hess. Strafgesetz §. 354. Der badische Entwurf, §. 337, fordert, so wie er verändert aus den Kammern hervorging, eine fremde bewegliche Sache von einigem Werth (nach dem of any value des englischen Strafrechts) dieser Beisatz soll indessen nur deutlicher ausdrücken, was auch ohne denselben die vernünftige Auslegung schon in der Vorschrift gefunden haben würde und man auch in den andern Gesetzbüchern ohne solchen Beisatz gewiß nicht anders nehmen wird.

Von diesem Begriffe einer Sache von wenigstens einigem Werth ausgehend, wird man nun nach dem Vorausgeschickten nur dann behaupten können, daß die römische Ansicht, wornach Schuldscheine, Quittungen ꝛc. einen den Diebstahl bedingenden Werth haben, nicht mehr gelte, wenn man zu zeigen vermag, daß entweder eine gesetzliche Vorschrift hierin eine Aenderung getroffen, oder aber, daß der Werth solcher Dokumente in unserm Rechtsleben sich wesentlich verändert habe. Weder das eine noch das andere ist aber der Fall. Als Stoff — Papier — hat eine Urkunde (von Papieren au portour, die wie Geld kursiren, ist hier die Rede nicht) keinen Werth, sie hat solchen nur als Beweismittel. Die Bedeutung der Urkunden als Beweismittel hat sich nun in unserer Gesetzgebung vermöge der Beschränkung des Zeugenbeweises im Allgemeinen eher erhöht, als vermindert, in Vergleichung mit dem früheren Rechte. Weil man aber durch das Beweismittel der Urkunden sein Forderungsrecht im nöthigen Fall vor Gericht gegen böswillige Schuldner nicht nur am leichtesten und sichersten, sondern häufig dadurch allein zur Anerkennung bringen kann und ein Recht überhaupt nur insofern einen Vermögenswerth hat, als man ihm durch Verfolgung vor den Staatsbehörden Geltung verschaffen kann, haben jene bei uns fortan einen sehr wesentlichen Werth, und zwar sowohl für den Schuldner, der ohne sie sich, wenn er es einmal mit seinem Gewissen nicht genau nehmen will, leicht von seiner Verbindlichkeit befreien kann, als für den Gläubiger. Es frage sich auch nur ein Jeder selbst, wenn er noch irgend einen Zweifel hat: ob er, wenn er z. B. für 10,000 fl. Schuldscheine besitzt, solche gleich werthlosem Papier achte, oder ob er nicht vielmehr, je nach der Beschaffenheit und dem Charakter der Schuldner, sie so hoch anschlage, als die darin bescheinigten Kapitalforderungen selbst, oder doch zu nicht viel weniger? Die Ausnahmsfälle, in welchen der Gläubiger solchen Urkunden keinen Geldwerth beilegt oder beizulegen nöthig hat, werden wenigstens nicht leicht da vorkommen, wo die Frage im Kriminalrecht praktisch wird; sie sind auf den kleinen Kreis seltener persönlicher Eigenschaften — des Gläubigers oder des Schuldners oder beider — beschränkt, mit welchen Ausnahmsfällen es, wie man dafür keine Gesetze giebt (L. 5. D. de legg.), auch die Auslegung nicht zu thun hat.

Man lasse sich hiebei nur nicht durch die — längst als irrig erkannte *) Meinung Feuerbach's (§. 319. Not. e) leiten, daß beim Diebstahl nur der unmittelbare Werth oder Schaden in Betracht kommen und daß die Größe des Werths zum Thatbestand des Diebstahls gehöre. Auch das mittelbare Interesse ist ein Interesse, und wie die Römer mit ihrem praktischen Sinn beides nicht unterschieden haben, so liegt auch für uns kein Grund der Unterscheidung vor; die Größe aber ist nur auf das Strafmaaß von Einfluß **).

---

*) Oberhofg. Jahrb. Jahrg. 1836/37. S. 157, und Tittmann, §. 403.

**) Ganz ausdrücklich sprechen sich für diese Ansicht der Möglichkeit des Diebstahls an Urkunden nach dem heutigen Kr. R. aus:
Tittmann a. a. O. S. 326.
Martin, Lehrb. §. 143.
Wächter, Lehrb. u. Rechtsl. S. 275. u. ff. S. 396.
Heffter, Lehrb. S. 502. Note 3.
Anderer Meinung ist zum Theil Klien in seiner Revision der Grundsätze über den Diebstahl, Seite 318, insofern als er hier die von ihm selbst auf S. 141 zugegebenen, oben dargestellten Grundsätze des Kriminal-Rechts wieder in Zweifel zieht, ohne jedoch gesetzliche Bestimmungen für die vermeintliche Aenderung nachzuweisen. Wie unsicher dieser Schriftsteller in diesem Theil seiner sonst sehr verdienstlichen Abhandlung selbst war, mag aus dem Grunde entnommen werden: daß „in der heutigen Praxis (?) hier der ganze unbedeutende (?) Diebstahl vor dem größern (?) Verbrechen des Betrugs verschwinde."

Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Urkunde beweisend (voll oder doch theilweis) sein und die Untersuchung darüber Gewißheit geben müsse, weil gerade dadurch der Werth derselben dem Obigen zufolge bedingt wird. Ueber die Beschaffenheit der Urkunde wird freilich außer dem Zeugniß des Bestohlenen häufig nur Inzichtenbeweis vorhanden sein.

Die hier vertheidigte Ansicht von dem Werthe der Urkunden ist auch schon wiederholt vom Großherzoglichen Oberhofgericht in seinen Entscheidungen ausgesprochen und von mehreren Mitgliedern des obersten Gerichtshofs noch besonders mit überzeugenden Gründen in dessen Jahrbüchern ausgeführt worden. S. Oberhofgerichtl. Jahrb. von 1836/37. Seite 149—160 und Jahrg. 1841/42. S. 382 ff.

Gilt aber nach dem Obigen Alles, was vom Diebstahl gesagt wurde, auch vom Raub *) und darf zur Herstellung des Thatbestands dieses letztern Verbrechens nur noch die Anwendung von Gewalt gegen die Person — den Besitzer oder Bewahrer — als Mittel hinzukommen, so kann es keinem Zweifel mehr unterworfen sein, daß in unserem Falle, so wie er nach der Anschuldigung erscheint, der Thatbestand des Raubs enthalten sei. Es fehlt so wenig an den objektiven und subjektiven Erfordernissen des Diebstahls, als an jenem der Gewalt. Wie man bei den nicht gewaltsamen Beseitigungen von Urkunden nach der Erfahrung die Ansichten über die Bezeichnung des Verbrechens bei den feinen Gränzlinien häufig sich sehr durchkreuzen sieht — die obenalleg. Mittheilungen in den oberhofg. Jahrb. mögen zum Beleg dienen —, so war auch im vorwürfigen Falle die Minorität unter sich wieder verschiedener Ansicht, indem ein Votant für Klagfreierkennung wegen Fälschung, der andere aber für den Ausspruch stimmte, daß kein Grund zur Fällung eines gerichtlichen Erkenntnisses vorliege. Ich will zugeben, daß in der wahrscheinlich vom Angeschuldigten bewirkten Vernichtung der beiden Urkunden auch der Thatbestand der Fälschung enthalten sei, l. 2. Dig. (48. 10); daß aber darum der Thatbestand des Raubs nicht vorhanden sei, kann ich nicht als richtig zugeben und verweise in dieser Beziehung auf die auch hierher passende treffende Bemerkung der Redaktion in den oberhofgerichtl. Jahrb. (1836/37) S. 158: daß der Diebstahl an Urkunden leicht auch noch ein anderes Verbrechen, Betrug, Fälschung z. B. zur Absicht und in seinem Gefolge haben könne, dadurch aber der bereits vollendete Diebstahl nicht geändert werde.

Auf die Frage über die Größe des Werths der Urkunden kommt es beim Raub nach unserm dermaligen Gesetze nicht an, es ist genug, daß die Urkunde nicht werthlos sei. Anders verhielte es sich hierin allerdings bei den Verbrechen, bei welchen die Größe des Werths die Strafgröße bestimmt, wie z. B. bei dem Diebstahl. Da wird, je nach den Umständen, bald der Nominalwerth der Urkunde, bald ein geringerer Betrag anzunehmen sein, eine Schätzung ist hier, wenn gleich oft schwierig, doch keineswegs unmöglich. S. hierüber oberhofg. Jahrb. a. a. O. S. 159 und Wächter, im Rechtsl. S. 396 und 403. Not. 256. In dem gewöhnlich vorkommenden Fall, daß der Angeschuldigte der Schuldner ist, wird in der Regel der Nominalwerth das pretium rei ausmachen. Daß es aber auch Urkunden gebe, die keinen wirklichen Werth haben und daß an diesen Urkunden weder Diebstahl noch Raub denkbar sei, wie z. B. an einer Schuldurkunde, wenn die Schuld bezahlt ist, gebe ich gerne zu: ersteres ist aber Sache des Beweises und letzteres nichts Besonderes, sondern bloß eine Folge des allgemeinen Grundsatzes: daß überall da, wo sich die entfremdete Sache als werthlos herausstellt, ein Diebstahl oder Raub rechtlich nicht denkbar ist.

Zentner.

Anmerkung der Redaktion.

Im neuen Strafgesetzentwurfe sind die Verbrechen vorliegender Art in den §§. 377 und 417 abgehandelt.

Das Verbrechen des Diebstahls setzt nach §. 339 voraus, daß die entwendete Sache selbst einen gemeinen Werth habe, und nach diesem Werthe der Sache selbst, nicht aber nach dem Werthe eines andern Gegenstands (z. B. des Forderungsrechts ꝛc.), der durch die gestohlne Sache etwa erlangt oder bewahrt werden soll, wird nach §. 339 der Betrag des Diebstahls bemessen.

*) Das würt. Strafgesetz. definirt den Raub so: „Wer sich fremdes bewegliches Gut durch thätliche Gewalt gegen eine Person, oder durch Drohung auf Leib oder Leben gegen dieselbe zueignet, ist des Raubes schuldig.“ Art. 311.

Digitized by Google

Da nach diesem Prinzipe die Entwendung einer Urkunde, welche wohl in Bezug auf einen andern Gegenstand als Beweismittel von Interesse ist, an sich selbst aber, als selbstständige Sache (etwa den unbedeutenden Makulaturwerth ausgenommen) keinen gemeinen Werth hat, als Diebstahl gar nicht oder wenigstens nicht gebührend bestraft werden könnte, so wurden den Verbrechen, welche in Bezug auf die Beeinträchtigung des Eigenthums an Urkunden möglicherweise verübt werden können, die erwähnten zwei besondern Gesetzesbestimmungen (§§. 377 und 417) gewidmet.

Der Fall, wo eine solche Urkunde, die eines Andern Eigenthum ist, oder auf die der Andere wenigstens ein Gebrauchsrecht hat, in gewinnsüchtiger Absicht entwendet (also dem Berechtigten unterdrückt) wird, ist nach §. 417 mit der Strafe des Betrugs bedroht, welche nach §. 409 der Strafe des Diebstahls gleichkommt. In der Wirkung ist's also einerlei, ob man die Entwendung einer Urkunde unter Zugrundlegung des Werths der beurkundeten Forderung als einen Diebstahl, oder einen in der Unterdrückung der Urkunde liegenden Betrug nach §. 417 bestrafe. Doch würde man die That, da die letztere Gesetzesstelle eigens für diesen Fall bestimmt ist, immerhin als einen Betrug und nicht als einen Diebstahl charakterisiren müssen.

Wurde die Urkunde dem Besitzer mit Gewalt entrissen, beziehungsweise er zur Verabfolgung (Auslieferung) derselben durch Gewalt oder Drohungen genöthigt, so erklärt der §. 377 des Entwurfs die That als Erpressung, welche gleich dem Raube bestraft wird, so daß es auch hier, wenn gleich nicht in der Charakterisirung des Verbrechens, denn doch in Bezug auf die Strafe einerlei ist, ob man die Urkunde als identisch mit dem dadurch zu beweisenden Rechte und also dieses letztere selbst als den Gegenstand eines Raubes betrachte, oder ob man den eigens dafür bestimmten §. 377 anwende. D. Red.

II.

Mord und Selbstmord.

Am Vormittage des 22. Aprils l. J. erhielt das Bezirksamt Schwetzingen die Anzeige, daß der seit gestern Abend vermißte Feldschütze Nicolaus Bertsch bei dem unteren Wasserwerk todt in der Leimbach gefunden worden und wahrscheinlich auf eine gewaltsame Weise ums Leben gekommen sei. Bei der hierauf vorgenommenen Legalinspektion und Section fanden sich an dem unbedeckten Kopfe, aus welchem sich immerwährend noch flüssiges Blut ergoß, 17 Wunden nebst mehreren Sugillationen und Excoriationen vor. Der vordere und rechte seitliche Theil des Hirnschädels, namentlich das Stirnbein, das rechte Seitenwandbein und das linke Schläfebein, war zerbrochen und zersprengt. Durch die Fortsetzung der Risse und Sprünge zeigte sich im Grunde des Schädels die mittlere rechte Grube für das große Gehirn zerbrochen und hinabgedrückt und die Pyramide an ihrer Basis abgesprengt. Weiterhin waren nach vorne und rückwärts die Augenhöhle-Fortsätze und der Nasenfortsatz des Stirnbeins, so wie das Siebbein und Riechbein total zersprengt und zerschmettert. Diese Sprünge und Risse nach verschiedenen Richtungen machten, daß sich nach Ablösung der Kopfschwarte vier große Knochenfragmente aus ihrer Verbindung ablösten, und getrennt abfielen, wo sich dann fand, daß beide vordere Lappen des großen Gehirns an ihrer Spitze in der Länge von 1½ Zoll und in der Tiefe von 5 Linien zerrieben und zermalmt waren.

Die Zerstörungen der Gesichtsknochen bestanden in Folgendem: Beide Jochbeine waren in ihrem Fortsatze abgesprengt, der rechte auch noch am Schläfenfortsatze, die Nasenbeine vom Stirnbein abgebrochen, das Pflugscharbein zertrümmert und der obere Theil beider Oberkiefer zerbrochen.

Nebstdem war die Pupille des rechten Auges durchschnitten und dieses ausgelaufen, auch der rechte obere Schneidezahn ausgebrochen. An der rechten äußeren Seite des Halses fand sich auf dem Kopfnicker eine eckigte Stichwunde, womit eine Oeffnung im rechten Kragen der Weste correspondirte. Auf der linken Schulter war die Oberhaut an drei Stellen abgerieben, und auf der inneren Seite des linken Oberarms eine Sugillation in der Größe eines Sechsbätzners.

Der Rücken bot eine etwa drei Quersinger umfassende, striemigte Hautsugillation dar.

Das Brustbein war in der Mitte entzwei, und auf der linken Seite die erste Rippe an ihrem Halse, die zweite, dritte und sechste in der Mitte, die vierte zweimal nächst am Knorpel, die fünfte aber am Brustknorpel

Digitized by Google

ſelbſt zerbrochen. Auf der rechten Seite waren die zweite, dritte und vierte Rippe an ihrem Bruſtknorpel abgebrochen. In die Bruſthöhle hatten ſich etwa 14 Unzen dunkeln, flüſſigen Bluts ergoſſen. Das Schlüſſelbein war an ſeinem Schulterrade von der Verbindung mit dem Schulterblatte getrennt.

Das gerichtärztliche Gutachten bemerkt über die Entſtehung dieſer Verletzungen: „Das Ausſehen eines großen Theils der Kopfwunden, welche reine ſcharfe Ränder und Fleiſchlappen mit glatten Rändern haben, dabei die ausnehmenden Zerſtörungen der Kopf- und Geſichts-Knochen deuten auf ein ſcharfes und zugleich hartes und gewichtiges Werkzeug, wie ein Beil oder Holzart. Andererſeits finden ſich auch Verletzungen vor, welche auf ein ſtumpfſpitzes Werkzeug hinweiſen, wie z. B. ein ſpitzzulaufender Feuerſtahl oder ein ſ. g. Gartenmeſſer mit gebogener ſtumpfer Spitze, womit ſchneidend und hauend verſchieden geſtaltete Wunden beigebracht werden können. Die Zerbrechung des Bruſtkaſtens ſetzt eine bedeutend ſchwere, ſchnell einwirkende Laſt voraus, indem derſelbe elaſtiſch und, ohne zu zerbrechen, „ein bedeutendes Gewicht“ langſam aufgelegt, zu ertragen im Stande iſt.

Die Striemen auf dem Rücken ſind offenbar Streichen mit einem feſten Körper zuzuſchreiben.

Die Ermordung des Bertſch ſcheint demnach in der Weiſe geſchehen zu ſein, daß er zuerſt ſchnell hintereinander mit einem Stocke einige Hiebe auf den Rücken, dann beim Sichumwenden mit der Schneide eines Beils oder Art den tödtlichen Hieb auf die rechte, mittlere und hintere Kopfſeite erhalten hat. Dieſer Hieb kam ſeitwärts von unten nach oben und innen, wie der einen Zoll lange Hautlappen und die ſchräg eindringende Richtung der Wunde zeigte. Niedergeſtürzt erhielt er von vorne mit demſelben Werkzeuge noch zwei Streiche auf die Stirne, welche die große Zerſtörung des Stirnbeins und der Geſichtsknochen bewirkten. Nun warf ſich der Thäter in Wuth auf ſein Opfer, zerknickte ihm durch gewaltſames und ſtoßweiſes Aufknieen den Bruſtkaſten und verſetzte dabei dem Halbtodten und unter den Mißhandlungen ſelbſt ſchon Entſeelten in blinder Raſerei ſtechend, hauend und ſchneidend mit einem Gartenmeſſer die vielen und vielgeſtalteten Wunden im Geſichte und am Halſe ꝛc.

Der Getödtete hatte bereits das ſechs und fünfzigſte Jahr zurückgelegt und der Angeſchuldigte, welcher als ein ſehr ſtarker Mann geſchildert iſt, kaum das dreißigſte erreicht.

Die Verletzungen des Kopfes und der Bruſt wurden für abſolut tödtlich erklärt. Der Verdacht, dieſen ſchauderhaften Mord verübt zu haben, fiel auf den Gartenknecht Michael Hirſch, weil es hieß, daß derſelbe ſeit einiger Zeit nächtlicherweile Hopfenſtangen im Felde geſtohlen und daß Bertſch am letzten Abend bei ſeinem Weggang von Hauſe geäußert, er wolle dem Hirſch aufpaſſen, um ihn einmal beim Diebſtahl zu erwiſchen.

Hirſch bewohnte ein, wohl eine ſtarke Viertelſtunde außerhalb Schwetzingen, unweit des Ketſcher Wegs, einſam im Felde ſtehendes Häuschen, wohin ſich die amtliche Commiſſion, wegen Gefahr auf dem Verzuge, in aller Eile faheen ließ.

Als dieſelbe auf das Haus zuging, ſoll Hirſch, welcher eben mit der Familie beim Mittageſſen ſaß, nach der ſpäteren Ausſage ſeiner Frau, ſich plötzlich entfernt haben.

Während nun die Commiſſion ſowohl als das ihr zu Fuß nachgefolgte Polizeiperſonale ſich mit Aufſuchung und Beſichtigung von Ueberführungsſtücken beſchäftigte, ergriff der unbewachte Inculpat, ohne Wamms und Kappe, die Flucht, indem er ſeiner Frau noch zurief: „Lene, ich ſpring in den Rhein“.

Da es der augenblicklichen Nacheile nicht gelang, ihn einzufangen, ſo wurde die Beſetzung der nächſten Rheinübergänge und eine Streife in den umliegenden Waldungen ſchleunigſt angeordnet, jedoch vergebens. Beiläufig um halb ein Uhr kam Hirſch in das elterliche Haus des Friedeich Gilbert zu Oftersheim, der ihm als Lehrling im Schwetzinger Garten gut bekannt war, und erſuchte denſelben um deſſen Flinte, weil er mit Jemanden gewettet habe, ſeine Kappe von einer Hopfenſtange herunter zu ſchießen. Der junge Gilbert, von dem fraglichen Verbrechen noch nicht unterrichtet, nahm keinen Anſtand, ſeine Flinte, welche nur einen Lauf hatte, mit Beeaſſinnen-Schroten zu laden und ſie nebſt einer weiter verlangten Ladung dem M. Hirſch zu übergeben, der hiebei ſehr viel Unruhe zeigte und ſo zitterte, daß ihm das Zündhütchen, welches er aufſtecken wollte, aus der Hand fiel. Nachdem Hirſch noch am Brunnen getrunken hatte, ſagte er Adieu und entfernte ſich. Zwiſchen zwei und drei Uhr begegnete er, von Oftersheim herkommend, im Felde hinter der ſ. g. Sternallee einer Frau

Digitized by Google

von Schwetzingen, welcher er, ganz vergeistert, keuchend und weinend, im Vorübergehen zurief: „Ach Gott, wo soll ich hin?“ worauf sie ihm erwiedert: „Gehe heim“. — Hirsch sprang aber, ohne etwas Weiteres zu sagen, in den Sternallee-Wald. Obgleich diese Frau wußte, daß auf ihn gestreift wurde, so konnte sich dieselbe doch nicht erinnern, eine Flinte bei ihm gesehn zu haben.

Kaum hatte die Glocke in Schwetzingen sieben Uhr geschlagen, als die zwei Wächter, welche den Inculpaten bei einer allenfallsigen Rückkehr in seine Wohnung festnehmen sollten, im benachbarten Walde einen dumpfen Schuß fallen hörten. Sie liefen etliche sechzig Schritte vom Hause weg in den Wald und fanden da den M. Hirsch hemdärmelig und ohne Kopfbedeckung, auf dem Rücken liegend, ihm zur Linken eine frisch losgebrannte Flinte, die rechte Hand in der Nähe des Drückers und die linke ungefähr zwei Zoll von der Mündung des Laufes. Er zuckte noch ein wenig und ließ sich warm anfühlen. Aus dessen Mund und Nase floß Blut. Der tödtliche Schuß, welcher durch den Mund eingegangen war, hatte den Schädel, wie die Section nachwies, in drei Stücke zersprengt und seinem Leben schnell ein Ende gemacht. Die Westentasche enthielt in einem Papiere einen starken Schuß Pulver mit Vogelflinten-Schroten, wie dergleichen auch in dem zerspeengten Schädel vorgefunden wurden. Gilbert hat die erwähnte Flinte als die seinige recognoscirt. Es blieb kein Zweifel übrig, daß sich der Verbrecher selbst gerichtet hatte. Denn es liegen für die Annahme, daß er den Bertsch erschlagen habe, die sprechendsten Beweise vor. Seine Ehefrau sagte nämlich aus: Seit ungefähr acht Tagen sei ihr Mann nach dem Nachtessen öfter als gewöhnlich ausgegangen und in der Regel nach neun Uhr, einmal aber sogar nach zehn Uhr erst, angeblich von einem Besuche in der Stadt, nach Haus zurückgekehrt. Am 21. April sei derselbe ungefähr um halb acht Uhr, als es schon ziemlich dunkel gewesen, von Haus fortgegangen, und bald nach neun oder zehn Uhr, was sie nicht bestimmter angeben könne, wieder heimgekommen. Ihr Mann habe damals die Kappe abgelegt, den Wamms ausgezogen und das Haus noch einmal verlassen, angeblich um ein natürliches Bedürfniß zu befriedigen. Als er nach einer Viertelstunde etwa wiedergekommen, habe er sich ausgekleidet und zu ihr ins Bett gelegt. Den andern Morgen sei derselbe eine halbe Stunde früher als sonst aufgestanden und seiner Arbeit nachgegangen. Einige Stunden nachher habe sie ihn beim Frühstück über sein übles Aussehen befragt und zur Antwort erhalten, daß es vom Blutspeien komme, womit er seit vierzehn Tagen behaftet gewesen sei.

Um Uebrigen versicherte sie, nichts davon zu wissen, daß ihr Mann irgendwo Hopfenstangen entwendet und den Feldschützen Bertsch getödtet habe. Dafür zeugen indessen mehrere corpora dilicti. Bei der Haussuchung ward ein Holzbeil gefunden, an welchem, obgleich es theilweise frisch geputzt zu sein schien, mehrere Blutflecken bemerkt wurden. Der Helm dieses Werkzeugs ließ ebenfalls Blutspuren erkennen, welche dem Anschein nach wegzuschaben versucht worden sind. Die Schneide dieses Beils paßte in die Hiebwunden des Getödteten. Ein Gartenmesser ist nicht aufgefunden worden. An dem blauen Wamms, welchen Hirsch am 21. April getragen, entdeckte man gleichfalls Blutflecken. Auf der linken Rückenseite war das Futter, welches nach Aussage der Frau einige Tage vorher noch unversehrt gewesen ist, von der Achsel abwärts hälftig herausgerissen, woraus man schließen kann, daß Hirsch in umgewendetem Wamms den Getödteten auf der linken Schulter getragen, und dadurch das Futter mit Blut besudelt haben mochte.

In dem ganz nahe beim Hause liegenden Hopfengarten machte sich eine frisch umgegrabene Stelle bemerklich, an der man beim Nachgraben ungefähr 2½ Schuh unter dem Boden einen grauzwilchenen Maltersack mit einer grüntuchenen Schildkappe hervorzog, welche einige Blut- und Schmutzflecken an sich trug. Diese Kappe ist von den beiden Söhnen und mehreren Bekannten des Erschlagenen als diejenige anerkannt worden, womit er am 21. April ausgegangen war.

Die Ehefrau des Inculpaten erkannte den ihr vorgezeigten Maltersack unter Anführung einiger Kennzeichen, welche sich daran befanden, für den einzigen Maltersack, den sie besessen und den ihre Mutter einmal von Mannheim mitgebracht habe.

In gleicher Weise wurde dieser Sack von der Mutter der Vorigen anerkannt. Beide wollten ihn am 21. April noch an seinem gewöhnlichen Platz auf dem Speicher gesehn haben. Derselbe war am unteren Ende theilweise ganz mit Blut gesättigt, auch gegen die Mitte zu

Digitized by Google

mit großen Blutplacken von außen und noch stärker von innen verunreinigt, während der obere Theil von außen zwar ebenfalls ziemlich große, aber doch nicht so starke Blutflecken hatte. Dagegen erschien der innere Theil blutiger als der äußere. Beim Umwenden des Sackes gewahrte man, daß der äußere Theil eigentlich die inwendige Seite ist und gelangte deshalb zu dem Schluß, daß der Ermordete in diesem Sack bis zur Bach getragen, und dort hineingeworfen worden, so wie, daß der Sack vor dem Einstecken des Leichnams aufgestülpt und umgekehrt zuerst über den Kopf, dann über den unteren Theil des Körpers gezogen oder gestreift war, wodurch der Kopf in den am meisten verunreinigten untern Theil des Sackes zu liegen kam.

An dem Ufer, wo der Leichnam mit dem Haupte aus der Leimbach hervorragte, bemerkte man, außer mehrfachen Blutspuren, eine Stelle, welche es anschaulich machte, daß er hier in das Wasser hinabgelassen wurde, wobei sich wahrscheinlich die Oberhaut auf der linken Schulter abgerieben hat. In die an diesem Platze vorgefundenen Fußtritte paßten die Stiefel des Inculpaten ganz genau. Diese Spur führte durch einen Baumgarten über die s. g. Heiligenwiese auf einen circa 450 Schritte von der Wohnung des Michael Hirsch entfernten Acker des Carl Gütlein, auf dem sich Hopfenstangen in Häufen aufgeschichtet befanden, von welchen der Eigenthümer sechs Stücke vermißte. Bei einem dieser Haufen war die Erde im Umfang von sechs Schuhen aufgelockert und stark mit Blut getränkt, welches drei Zoll tief in den Boden eingedrungen sein mochte. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatte der Feldschütze hier den M. Hirsch auf der That ertappt und auch seinen Tod gefunden. Auf dem fünfzig Schritte davon entlegenen Acker des Inculpaten wurden fünf frisch gestreckte Hopfenstangen gefunden, welche den Gütlein'schen ganz ähnlich sein sollen.

Der Waldhüter Schweinfurt, dessen gleichfalls isolirt stehende Wohnung ungefähr fünfhundert und fünfzig Schritte von der blutigen Stelle auf dem Gütlein'schen Acker entfernt ist, glaubte an dem fraglichen Abend, als er zwischen acht und neun Uhr mit seiner Schwester vor dem Hause saß, in der Gegend des Ketscher Wegs, rechts von dem Häuschen des Inculpaten, das Gerappel von Stangen zu hören, als eben seine Schwester äußerte: „Horch, da steckt einer noch Stangen." Gleich darauf vernahm er aus jener Gegend her zwei männliche Stimmen, deren Gespräch er jedoch nicht verstehen konnte.

Bertsch hatte an jenem Tage sowohl gegen Schweinfurt als gegen die Feldschützen Pitsch und Mechler verlauten lassen, daß er in der kommenden Nacht dem M. Hirsch, welcher wieder auf Stangen ausgehen werde, aufpassen wolle. Sie riethen ihm, nicht allein zu gehen und erboten sich, ihn zu begleiten, wovon er jedoch keinen Gebrauch machte, und so dem Tod in die Arme lief, indem er nach der Aussage eines anderen Zeugen an dem unheilvollen Abend nur mit einem Stocke bewaffnet war, welcher vermuthlich auf seinem Rücken zerschlagen worden ist.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Im Verlage des Unterzeichneten ist erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Prozeß-Ordnung
in
bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
für das
Großherzogthum Baden.
Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte erläutert
von
Wilhelm Thilo,
großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.
Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 29. Karlsruhe den 22. Juli 1843.

I.

Hat das Geständniß des Ehemannes im Verfahren auf Vermögensabsonderung nach badischem Recht **Beweiskraft? Landrechtsatz 1443 folg.**

Von landrechtlichen Streitfragen verdienen in diesen Blättern diejenigen vorzugsweise Erörterung, die sich auf das badische Recht in seiner Abweichung vom französischen Recht beziehen, weil hinsichtlich der übrigen landrechtlichen Streitfeagen die Entscheidungen der französischen und rheinischen Gerichte und eine Reihe trefflicher Werke eine reiche Quelle der Beleuchtung darbieten.

Unter den erwähnten Streitfragen des reinen badischen Rechtes nimmt die in der Aufschrift bezeichnete Frage eine nicht unwichtige Stelle ein. Es ist diese Frage zwar in den Annalen 1841 Nr. 21, S. 152 von einer sehr beachtenswerthen Stimme angeregt und beantwortet worden, allein einerseits ist der dort abgedruckte Aufsatz nur ein ganz kurzer Abriß, ein Auszug aus den Gründen einer Entscheidung des unterrheinischen Gerichtshofes, andererseits läßt sich die darin ausgesprochene unbeschränkte Verneinung der Frage bei näherer Prüfung wohl nicht rechtfertigen. Dieselbe eignet sich daher zu weiterer Untersuchung.

Der Stand unserer Gesetze hinsichtlich der Frage ist der: Art. 870 des Code de procédure bestimmt ausdrücklich, daß das Geständniß des Ehemannes im Verfahren auf Vermögensabsonderung keinen Beweis liefert, selbst dann nicht, wenn keine Gläubiger vorhanden sind. Das badische Landrecht und die Proceßordnung haben diesen Punkt gänzlich mit Stillschweigen übergangen, und die Frage stellt sich daher so: Muß ungeachtet dieses gänzlichen Stillschweigens unserer Gesetze dennoch aus allgemeinen Gründen, der Bestimmung des angeführten Art. 870 entsprechend, auch bei uns angenommen werden, daß das Geständniß des Ehemannes im Verfahren auf Vermögensabsonderung schlechthin ohne Beweiskraft ist?

Der angeführte Aufsatz spricht unter Hinweisung auf die Vorschrift des Landrechtsatzes 1443, wornach jede außerordentliche Vermögensabsonderung (séparation volontaire) ungültig ist, und unter Berufung auf den Zweck des Gesetzes, welches bei der Absonderung nicht allein das Interesse der Ehefrau, sondern auch das Interesse dritter Personen vor Augen hat, die Ansicht aus, daß allerdings Obiges auch bei uns angenommen werden müsse. Diese Ansicht wird sich nicht als richtig bewähren, wenn man Folgendes erwägt:

Da weder das badische Landrecht, noch unser Proceßgesetz die Bestimmung des mehrerwähnten Art. 870 oder eine ähnliche aufgenommen hat, wozu beide geeigneten Platz und Anlaß hatten (Landrechtsatz 1354 folg. Proceßordnung §. 400 folg.), so erscheint es immerhin sehr bedenklich, die fragliche Vorschrift, eine augenscheinliche Ausnahmsvorschrift, unter Anrufung allgemeiner Gründe in das Gesetz einzuführen. So viel aber unterliegt wohl gar keinem Zweifel, daß ein derartiges Einführen der Vorschrift unter den angegebenen Verhältnissen jedenfalls nur in so fern zulässig erscheinen kann, als allgemeine Gründe, welche mit Nothwendigkeit die Annahme jener Vorschrift gebieten, aufgewiesen werden können. Das ist wohl das Aeußerste, was man zugeben kann, denn lassen sich solchartige Gründe nicht aufweisen, so muß die Grundregel gelten: Ubi lex non distinguit, non judicis est distinguere. Eine weitere Abweichung von dieser Grundregel würde der richterlichen Willkür wahrlich ein gefährliches Thor öffnen.

Digitized by Google

Nun sind aber die Gründe, welche sich für die Annahme jener Bestimmung des Art. 870 aufweisen lassen, nicht von der so eben bezeichneten Art.

„Die Unwirksamkeit des Geständnisses des Ehemannes — sagt die Gegenansicht — ist eine nothwendige Folge der Vorschrift, daß jede außerordentliche Vermögensabsonderung ungültig ist." Diese Folgerung ist nicht schlußrichtig. Will man auch darauf kein Gewicht legen, daß unser Landrecht gerade hier einen vom Urtext abweichenden, jener Gegenansicht wohl minder günstigen Ausdruck, nämlich außerordentliche Vermögensabsonderung anstatt séparation *volontaire* (freiwillige Gütertrennung nach einer anderen Uebersetzung) gebraucht, will man also außerordentliche Vermögensabsonderung für ganz das Nämliche wie freiwillige Vermögensabsonderung hinnehmen, so muß man sich doch gestehen, daß der Ausspruch „Jede außerordentliche (oder freiwillige) Vermögensabsonderung ist ungültig", keineswegs mit Nothwendigkeit die Wirksamkeit eines gerichtlichen Zugeständnisses des Ehemannes ausschließt, denn es kann jener Ausspruch recht gut auf eine Vermögensabsonderung im Privatweg ohne Anrufung des Richters, ohne die geordnete gerichtliche Form im Gegensatz von der Vermögensabsonderung im geordneten Weg der gerichtlichen Klage gedeutet werden, und, daß das Gesetz selbst diesen Gegensatz hier im Auge hatte, zeigt der an eben jenen Ausspruch unmittelbar sich anschließende Anfang des Landrechtsatzes 1444: „Auch die gerichtlich erkannte Vermögensabsonderung ist ungültig". Das französische Prozeßgesetz, dem ein vom badischen Prozeß überhaupt und namentlich auch in der Lehre vom Geständniß sehr abweichendes Verfahren zu Grunde liegt, hat nun zwar von seinem Standpunkt aus die gänzliche Unwirksamkeit des ehemännlichen Geständnisses angenommen und eingeführt, allein wenn man die einschlägigen Vorschriften des Landrechtes und Geist und Zweck derselben vergleicht, so zeigt sich jene Maßregel des französischen Rechtes gar nicht als eine nothwendige. Es sind ja die Rechte der Gläubiger durch die in Landrechtsatz 1445 bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung der zu vollziehenden Vermögensabsonderung und durch das im Landrechtsatz 1447 den Gläubigern vorbehaltene Recht, jede zum Nachtheil ihrer Rechte erkannte Vermögens-Absonderung selbst nach dem Vollzug noch gerichtlich anzufechten, während des Verfahrens aber ihren etwaigen Widerspruch im Wege der Intervention (als „Beikläger" sagt das Landrecht der Sprache der Obergerichtsordnung §. 120 folgend) geltend zu machen, hinreichend gesichert, wenn die Gläubiger nur ihre Rechte achtsam zu wahren wissen, was der Gesetzgeber voraussetzen darf und muß. Dem allgemeinen Interesse geschieht wohl dadurch Genüge, daß die Absonderung niemals außergerichtlich und heimlich, sondern immer gerichtlich und öffentlich vollzogen wird. Findet die Ehefrau ihrem Interesse gemäß, die Absonderung zu begehren, und der Ehemann sie durch Zugeständniß zu befördern, und tritt kein Dritter auf, den sein rechtliches Interesse auffordert und berechtigt, die Absonderung zu verhindern, so wird auch die Absonderung ohne Bedenken zugelassen werden können. Es tritt so allerdings eine Veränderung der ehelichen Güterrechte nach geschlossener Ehe ein, aber auf einem vom Gesetz selbst vorgezeichneten Wege ohne Verletzung des Landrechtsatzes 1395 und ohne Benachtheiligung Dritter.

Wenn nach dem Bisherigen ein zulänglicher Grund, eine gewisse Nothwendigkeit, nicht aufzuweisen ist, wodurch der badische Richter sich befugt halten könnte, die fragliche Ausnahmsvorschrift des französischen Processes mit Beeinträchtigung einer Grundregel der Gesetzesanwendung unbeschränkt in das badische Recht herüberzuziehen, so wird er sich zur unbeschränkten Annahme der Ausnahmsvorschrift noch viel minder entschließen dürfen, wenn er findet, daß er dadurch mit den Bestimmungen und dem Geiste des badischen Processes in Widerstreit gerathen würde. Dieses Letztere ist aber wirklich der Fall. Die nähere Betrachtung der verschiedenen hieher gehörigen Hauptfälle dürfte dieses klar machen.

Erster Fall. Der Proceß wird von der Ehefrau als Klägerin gegen ihren Ehemann allein geführt. Kein Gläubiger tritt auf, und der Ehemann gesteht die entscheidenden Thatumstände zu. Hier wird kein genügender Grund vorhanden sein, dem gerichtlichen Zugeständniß des Ehemannes (vorausgesetzt, daß er sonst fähig ist, ein solches Geständniß abzulegen) die Wirksamkeit zu entziehen. Nach Landrechtsatz 1356 Absatz 2 beweist ein gerichtliches Geständniß vollständig wider den, der es ablegte. Es begründet gemäß Landrechtsatz 1350 Nr. 4 eine gesetzliche Vermuthung zu Gunsten der Gegenpartei, welche dadurch gemäß Landrechtsatz 1352 von allem Beweis befreit wird.

Digitized by Google

Hiermit stimmt auch Proceßordnung §. 400 vollkommen überein, es wird dort noch besonders verordnet, daß nur die vom Beklagten widersprochenen Thatsachen zu erweisen sind. Würde sich der badische Richter im vorliegenden Falle an diese klaren, festen Gesetzesvorschriften nicht halten, welch' ein eigenthümliches, von unserm badischen Proceß, nach Form und Geist, abweichendes Verfahren würde dabei zum Vorschein kommen! Es würde nämlich

1) entweder der Rechtsnachtheil der Proceßordnung §. 253 bei der Ladung des Ehemannes ganz wegfallen, oder wenigstens dessen Verwirklichung, denn im Falle der Versäumung der Klagbeantwortung müßte dennoch eine Beweisführung oder gar eine Vermögensuntersuchung von Amtswegen eintreten, da sonst der Ehemann durch gänzliches Ausbleiben auf dem leichtesten Wege den Grundsatz der Unwirksamkeit seines Zugeständnisses vereiteln könnte.

2) Das Nämliche, Beweisführung oder Untersuchung, würde im Falle der bejahenden Vernehmlassung eintreten müssen.

3) Im Falle der versäumten Beweisfrist, wenn eine solche bestimmt wurde, müßte der Beweis von Amtswegen für versäumt erklärt werden u. s. w.

4) Bei der Beweiserhebung selbst würde ebenfalls ein ganz abweichendes Verfahren, eine Art Vermögensuntersuchung, eintreten müssen, die gewöhnlichen Rechtsnachtheile und Aufforderungen würden dabei nicht passen.

Wenn der badische Gesetzgeber (welcher im Handelsrechtsatze 65 noch besonders auf die Gerichtsordnung verweist) ein solches regelwidriges Verfahren gewollt hätte, wahrlich, er hätte dieß bestimmt erklären, oder doch allermindestens andeuten müssen.

Zweiter Fall. Die Gläubiger des Ehemannes treten während des Verfahrens als Intervenienten auf. Sie erscheinen als Nebenintervenienten. Ihr Interesse ist ein solches, daß aus dem Unterliegen des Ehemannes ihnen selbst folgeweise Nachtheil erwachsen würde. Proceßordnung §. 104. Landrechtsatz 1447 bezeichnet sie als Beikläger, welcher Ausdruck nach Obergerichtsordnung §. 120 das Verhältniß der Interventio accessoria oder Nebenintervention andeutet, während das Verhältniß der Hauptintervention mit Zwischenkläger, Zwischenklage bezeichnet wird. Den Gläubigern als Dritten gegenüber fällt hier die Kraft des ehemännlichen Geständnisses weg, denn der Ehemann kann durch Zugeständnisse den erworbenen Rechten Dritter nichts vergeben. Vergl. Landrechtsatz 1356 Absatz 2, 1165. Die Gläubiger schließen sich zwar als Streitgenossen dem Ehemann an, Proceßordnung §. 105, allein sie benützen ihre eigenthümlichen Vertheidigungs- oder Angreifsmittel, und der Verzicht des Ehemannes schadet ihnen nichts. Proceßordnung §. 96.

Dritter Fall. Die Gläubiger des Ehemannes treten später (binnen der gesetzlichen Frist Landrechtsatz 1167a vergl. mit Code de procédure Art. 873 und Erläuterungen zum Landrecht Band III. S. 112) mit der Anfechtungsklage auf. Landrechtsatz 1447, 1167. Auch hier entscheidet die Regel, daß der Ehemann durch Zugeständniß den Rechten Dritter nichts vergeben konnte. Hier erscheint der Ehemann als Gegenpartei der Gläubiger, sein Geständniß kann daher dem Gläubiger gegenüber noch weniger Kraft haben.

In diesem dritten, sowie im vorigen zweiten Falle, werden die gewöhnlichen Vorschriften über den Beweis im bürgerlichen Rechtsstreite, namentlich auch hinsichtlich der Beweislast, in Anwendung kommen, da das Gesetz in dieser Beziehung nirgends eine besondere Bestimmung gibt.

Das Gesagte scheint zu genügen, um zu zeigen, daß die Vorschrift des Art. 870 des Code de procédure in ihrer Unbeschränktheit nicht in das badische Recht übergetragen werden darf, und nicht darin paßt, daß vielmehr eine Sonderung der verschiedenen Hauptfälle eintreten muß.

Uebrigens ist es nicht zu verkennen, daß unsere Proceßordnung hier eine Lücke enthält, deren baldige Ausfüllung zu wünschen ist. Vor Allem gilt dieß hinsichtlich der Bekanntmachung des die Absonderung aussprechenden Urtheils auf eine geeignete, den Grundsätzen unserer Proceßordnung entsprechende Weise. Vergl. Art. 872 des Codo de procédure. Es verdient in dieser Beziehung hervorgehoben zu werden, daß nach der Obergerichtsordnung §. 123 der badische Richter früher ein weiteres Mittel hatte, für das Interesse der Gläubiger nach Umständen zu sorgen, nämlich das Mittel der Beiladung von Amtswegen. Zweckmäßig und dem Geist unserer Proceßordnung entsprechend wäre vielleicht die Bestimmung, bei der Absonderungsklage, ähnlich wie bei der Arrestklage, und mit geeigneten Modifikationen, Bescheinigung der Gefahr zu verlangen, wozu vielleicht noch die Angabe der Gläubiger zum Behufe besonderer Benachrichtigung zu verordnen wäre.

Digitized by Google

Eine weitere Frage ist in dem angeführten Aufsatze berührt, die Frage: Ob und in wie weit der zugeschobene Eid im Verfahren auf Absonderung zulässig ist? Diese Frage ist mit der unsrigen verwandt, sie fällt jedoch mit derselben keineswegs ganz in Eins zusammen, weil das Feld des Haupteides überhaupt ein anderes, mehr beschränktes ist, als das des Zugeständnisses. Es wäre dabei zu untersuchen, ob und in wie weit Proceßordnung §. 567, 568 der Eideszuschiebung wirklich im Wege steht, eine Untersuchung, die wir als über den Kreis unserer Frage hinausschreitend, hier nicht weiter verfolgen. Eduard Brauer.

II.

1) Kann der Eigenthümer einer Waldung eine Beschränkung des Beholzungsrechtes einer Gemeinde daraus ableiten, daß vor Einführung der neuen Gemeindegesetze das abgegebene Holz nur den Bauern, und nicht den Taglöhnern zu Theil wurde?
2) Ist das Maß des Holzbezuges für bestimmt zu halten, wenn jedem Bauer eine gewisse Anzahl von Klaftern zugewiesen wurde?

Nach dem Edikte vom 4. Juni 1808, die Grundverfassung der verschiedenen Stände betreffend, dem VI. Constitutionsedikte, §. 10 theilten sich die Ortsfassen in Ortsbürger und Schutzbürger. Die Ortsbürger hießen in den obern Gegenden unseres Großherzogthums, namentlich wo geschlossene Hofgüter bestehen, Bauern, die Schutzbürger nannte man Taglöhner. Die letztern hatten in der Regel kein Recht zum Genusse des Allmendgutes, so weit der Genuß des Einen den Genuß des Andern beschränkt, insbesondere nicht zum Bezuge von Gabholz, sondern die Benützung solcher Allmendvortheile stand den Bauern allein zu, hin und wieder in größerem und geringerem Umfange, wonach die Bauern an manchen Orten wieder in größere oder kleinere, ganze oder halbe Bauern, abgetheilt wurden. Ob diese Vortheile von den Bauern bezogen wurden in ihrer Eigenschaft als Ortsbürger, kraft Gemeinderechts, oder als Besitzer bestimmter Hofgüter oder Häuser, kraft Privatrechts, dieß zu erforschen, war nach jener Gemeindeverfassung ohne praktischen Nutzen, weil immerhin die Taglöhner ausgeschlossen blieben.

Anders gestaltete sich die Sache durch die Gesetze vom 31. Dezember 1831, das Gesetz über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden, die Gemeindeordnung und das Gesetz über die Rechte der Gemeindebürger und die Erwerbung des Bürgerrechts, das Bürgerrechtgesetz. Letzteres hob im §. 2, 89 den Unterschied zwischen Orts- und Schutzbürgern auf, und ertheilte den bisherigen Schutzbürgern das Gemeindebürgerrecht; ersteres behielt im §. 85 und letzteres im §. 89, 92 hinsichtlich des Allmendgenusses den unbestrittenen Zustand vom 1. Januar 1831 bei, unbedingt für die im Besitze befindlichen Ortsbürger während ihrer Lebenszeit, und ausschließlich für die bisherigen Ortsbürger, wo die Schutzbürger keinen Bürgernutzen bezogen hatten, im Uebrigen mit dem Vorbehalte, daß der Allmendgenuß durch einen Beschluß von zwei Drittel der Stimmen aller Berechtigten auf eine andere Art festgesetzt werden könne, insofern nicht die Genußtheile unwiderruflich auf dem Besitz bestimmter Güter oder Häuser haften.

Damit wurden zwei Fragen angeregt, erstens, ob gewisse Bezüge der Bauern, namentlich von Holz, zum Allmendgenusse gehören, und bejahenden Falls zweitens, ob dieselben unwiderruflich auf Gütern oder Häusern haften; in der Wirklichkeit ist aber meistens nur die zweite Frage in den Vordergrund gestellt worden.

Gestützt auf den Vorbehalt der Gemeindeordnung §. 85 haben nämlich die neu aufgenommenen Bürger bald allein, bald in Verbindung mit den vorigen Schutzbürgern, wo solche entweder gar keinen oder nicht den vollen Allmendgenuß hatten, bald in Verbindung mit den kleinen Bauern die gleichmäßige Vertheilung des Allmendgenusses, und vorzugsweise der Bürgerholzgaben, verlangt, und willfährige Gemeindeschlüsse ausgewirkt. Hinter demselben Vorbehalt haben sich die älteren Bürger, die Bauern und beziehungsweise die größeren Bauern, verschanzt, behauptend, daß die Genußthrile auf ihren Hofgütern oder Häusern haften, ohne zu widersprechen, daß die Bezüge gemeinderechtlicher Natur seien. Der Streit kam zunächst vor die Verwaltungsbehörden, und diese stellten den Satz auf, daß, wo die Umstände nicht ein Anderes an die Hand geben, die Genüsse der Bauern das Merkmal einer Gemeindeberechtigung an sich tragen, und überließen den Bauern, im Rechtswege gegen die

Digitized by Google

Gemeinden auszuführen, daß ihre Genußberechtigung auf einem landrechtlichen Titel (des Eigenthums- oder einer Dienstgerechtigkeit) beruhe, in welchem Falle allein eine unwiderrufliche Verbindung mit einer Liegenschaft vorliege.

Annalen der bad. Gerichte Jahrg. I. S. 351.

Das bad. Gemeindegesetz sammt allen darauf Bezug habenden Gesetzen ꝛc. S. 87, 136—137.

Diese gesetzliche Vermuthung für das Dasein eines Gemeinderechtes mit Vorbehalt des Gegenbeweises für die Eigenschaft des Privatrechtes entspricht ebenso den Worten und dem Geiste des Gesetzes, als dem geschichtlichen Entwicklungsgange der Gemeinden, und ist sonach in jeder Beziehung gerechtfertigt. Die Wortfassung des Gesetzes in dem Nachsatze „in so fern nicht .... haften" deutet nämlich nach Ausdruck und Stellung eine Ausnahme von der vorausgegangenen Regel an, daß der Allmendgenuß seinem Wesen nach durch einen Gemeindebeschluß verändert werden könne, somit der bisherige Besitz ohne privatrechtliche Grundlage kein wohlerworbenes Recht gebe. Irgend eine Regel aber mußte darum aufgestellt werden, weil der Besitz für sich allein zweideutig war; und die Billigkeit sprach für die angeführte Regel, weil Wald und Weide schon Zubehörde der ältesten Marken, der ersten Keime der Gemeinden, waren, ehe die Landeshoheit sich ausbildete, und bei späterer Entstehung die Gemarkung mit jenen unentbehrlichen Zubehörden vom Grundeigenthümer selbst pflegte angewiesen zu werden *).

Der Erfolg hat auch in der That gelehrt, daß die Bauern mit der Behauptung der privatrechtlichen Eigenschaft bei den Gerichten nicht aufkommen konnten; ihre deßfallsigen Klagen wurden, so viel bekannt, durchgängig zurückgewiesen.

In manchen Gegenden aber hat nicht die Gemeinde aus ihren Waldungen Holz an die Bauern abzugeben, sondern die Abgabe ruht als Dienstbarkeit auf den Waldungen einer andern, juristischen oder physischen Person, insbesondere eines Standes- oder Grundherrn. Gegen diese Waldeigenthümer hatte die Annahme einer gemeinderechtlichen Genußberechtigung und die Zulassung der neu aufgenommenen Bürger die Folge, daß die Bedarfsliste gegen frühere Zeiten bedeutend erhöht wurde, und sie finden sich darum veranlaßt, die Erschwerung der Dienstbarkeit ihrer Waldungen zu bestreiten. Die Gemeinden sind dadurch genöthigt, gegen die Waldeigenthümer zu klagen auf Anerkennung eines Beholzungsrechtes *nach dem Bedürfnisse der Gemeindebürger*, und dem begegnen die Waldeigenthümer unter Anderem mit der Vernehmlassung:

1) daß das Beholzungsrecht nicht der Gemeinde als Gesammtheit zustehe;
2) daß bisher nur die Bauern Holz bezogen haben;
3) daß den Bauern nur ein gewisses Maß für jeden, mehr für die größeren und weniger für die kleineren Bauern, verabreicht worden sei;
4) daß die dienstbaren Waldungen das angesprochene Quantum nachhaltig nicht ertragen.

Die Nützlichkeit dieser Vertheidigung liegt am Tage; der einzelne Güterbesitzer kann leichter bekämpft werden, als eine unter Staatsaufsicht stehende Gemeinde, und das Beholzungsrecht kann niemals ausgedehnt, also auch leichter abgelöst werden.

Die letzte Behauptung unter Ziffer 4 ist indessen in Vergleichung mit dem unterstellten Klagvortrage eine wahre Einrede, Forstgesetz vom 15. November 1833 §. 107, somit von dem beklagten Waldeigenthümer gehörig zu begründen und erforderlichen Falls zu erweisen. Es genügt namentlich nicht die nackte Behauptung, daß der angesprochene Bezug den nachhaltigen Ertrag des Waldes übersteige, sondern es ist anzugeben, welches Quantum der Wald erträgt und welche Lasten darauf haften, worauf der Richter erst ermessen kann, ob jener Schluß richtig sei. Proceßordnung §. 247, 293.

Die Erwiderung unter Ziffer 1 bestreitet die aktive Sachlegitimation der klagenden Gemeinde, und hat zur Folge, daß diese ihr Recht gegen den beklagten Waldeigenthümer beweisen muß. Proceßordnung §. 88. Dabei erhebt sich freilich die Schwierigkeit, daß die Beholzungsrechte sehr oft nur auf Verjährung gebaut werden können, welche nach der gemeinrechtlichen Praxis die Eigenschaft der Unvordenklichkeit an sich tragen soll, und nach Landrechtsatz 691 schon bei Einführung des Landrechtes vollendet sein mußte. Eine Milderung liegt jedoch in dem Umstande, daß die Gerichte zum Beweise dieser unerdenklichen Verjährung auch den Haupteid zulassen.

*) Mittermaier, deutsches Privatrecht. 6. Aufl. §. 120. 204.

Diese beiden Erklärungen des beklagten Waldeigenthümers bieten hiernach der Betrachtung keine besondere Seite dar, und deßhalb sind in der Ueberschrift nur die beiden Uebrigen hervorgehoben.

Die erste jener Einwendungen (Ziffer 2) ist jedoch rein unerheblich, wenn die Sachlegitimation der klagenden Gemeinde zugestanden oder gegen den Widerspruch des beklagten Theiles bewiesen ist.

Will nämlich mit jener Einwendung gesagt werden, daß nur die Bauern holzberechtigt seien, so ist die Vertheidigung unstatthaft. Denn sie wird von dem Rechte eines Dritten hergenommen, dessen Befugnisse der Waldeigenthümer nicht für sich geltend machen kann, von einem Rechte, welches der Dritte selbst nur verfolgen kann, wenn der Allmendgenuß als unzertrennliche Zubehörde einer bestimmten Liegenschaft sich darstellt. Dem Waldeigenthümer steht nämlich nur die juristische Person der Gemeinde gegenüber, und im rechtlichen Wesen einer juristischen Person ist es gelegen, daß ihre Rechte nicht zugleich Rechte der einzelnen Mitglieder sind; die Natur eines Gemeindegutes bringt es also mit sich, daß die einzelnen Gemeindebürger keine weitere Rechte daran ausüben können, als ihnen von der Gemeinde selbst innerhalb der Grenzen ihrer Verfassung eingeräumt sind. Den Waldeigenthümer berührt es demnach ganz und gar nicht, nach welchem Maßstabe das Gabholz unter die Gemeindebürger vertheilt, ob der Alte beibehalten oder ein Neuer eingeführt wird.

Soll aber jene Einwendung den Sinn haben, daß ein größeres Maaß des Holzbezuges auf Seiten des Waldeigenthümers nicht anerkannt werde, so liegt darin lediglich ein Widerspruch gegen den vom Gegentheile behaupteten Umfang des Bedürfnisses. Sie wird widerlegt durch den von der Klägerin zu führenden Beweis, wie viel Holz die Gemeinde für ihre Bürger bedürfe. Denn hat sie ein Beholzungsrecht *nach dem Bedarfe*, so liegt es in der Natur der Sache, daß solcher fallen und steigen kann, wie das Landrecht für ähnliche Rechtsverhältnisse ausdrücklich anerkennt. Landrechtsatz 630–633.

Um dieser Möglichkeit einer Erschwerung der Dienstbarkeit für die Zukunft zu entgehen, stellen die Waldeigenthümer die unter Ziffer 3 erwähnte weitere Behauptung auf, und wollen daraus ein bestimmtes Maaß des Holzbezuges herleiten, womit sich die holzberechtigten Gemeinden ein- für allemal zu begnügen hätten. Der Einsender hält aber auch diese Einrede für unbegründet.

Bestünde in einer Gemeinde wirklich eine Uebereinkunft mit dem Waldeigenthümer, daß jeder Bauer von dem Waldeigenthümer jährlich eine gewisse Klafterzahl Holzes beziehen solle, so ist damit noch nicht das Maaß des Holzbezuges bestimmt, wenn nicht zugleich die Zahl der Bauern und so die Größe des ganzen Bedarfes für die Gemeinde festgesetzt ist. Die Zahl der Bauern aber konnte auch nach altem Rechte nicht durch Vertrag fixirt werden, weil die Erwerbung des Bürgerrechts damals, wie jetzt, Gegenstand des öffentlichen Rechtes war. Auf diesem Wege konnte also die Festsetzung des Gabholzes auf ein bestimmtes Maaß nur bewirkt werden, wenn der Bezug als Grundgerechtigkeit, Zubehörde einer bestimmten Liegenschaft war, und so in das Privatrecht überging. Gemeindeordnung §. 89.

Von vertragsmäßiger Festsetzung des Maaßes wird jedoch nicht gesprochen, sondern dafür wird Herkommen und Verjährung behauptet.

Indessen gehört zum Herkommen nebst Anderem die Handlungsweise verschiedener Personen, Landrechtsatz 61, solches wird also aus dem gleichförmigen Bezuge des Holzes da nicht abzuleiten sein, wo dieselbe Gemeinde und derselbe Waldeigenthümer einander handelnd gegenüberstanden. Ueberdieß kann aber weder ein Herkommen noch eine Verjährung mit einem Besitzstande begründet werden, welcher seiner Natur nach zweideutig ist. Landrechtsatz 2229. Und dieses Merkmal kommt gerade dem Allmendgenusse zu, indem sich aus dem Bezuge allein nicht entnehmen läßt, ob solcher dem Bauer als Ortsbürger, als Mitglied einer juristischen Person, der Gemeinde oder als Einzelnen zusteht. Das Letztere läßt sich abermals nur unterstellen, somit ein bestimmtes Maaß des Holzbezuges durch Verjährung nur dann sich rechtfertigen, wann der Allmendgenuß unwiderruflich auf einer Liegenschaft haftet, was bei der entgegenstehenden gesetzlichen Vermuthung der Waldeigenthümer zu behaupten und zu beweisen hätte.

In solchen Fällen bleibt deßhalb dem Waldeingenthümer nichts übrig, als die Umwandlung eines unbestimmten Beholzungsrechtes in ein bestimmtes zu verlangen, oder die Dienstbarkeit gänzlich abzulösen. Forstgesetz §. 107, 134.

Ant. Mayer.

Digitized by Google

III.

Zur Erläuterung der §§. 65 und 66 des Zehntablösungsgesetzes.

Kirchheim gegen Fiscus.

Nachdem zwischen der Gemeinde Kirchheim und der dasigen Pfarrei durch einen am 17. Juni 1840 gerichtlich protokollirten Vertrag das Ablösungskapital für den Zehnten auf 24,500 fl. festgesetzt worden war, verlangte die Finanzbehörde, welche die Genehmigung dieses Uebereinkommens vor der Hand ablehnte, von der Pfarrei, daß sie eine genaue Darstellung ihres Zehntrechts sowohl, als eine den Bestimmungen des Gesetzes vom 15. November 1833 entsprechende Ablösungsberechnung zur Prüfung vorlege.

Da jedoch die Zehentberechtigte Pfarrei sich hiezu wegen Mangels der nöthigen Materialien außer Stand erklärte, und auch die Gemeinde bei der gütlichen Uebereinkunft beharrte, so ward die Festsetzung des Ablösungskapitals wegen des allein streitigen Staatszuschusses von Amtswegen angeordnet. Erst als dieß geschehen und das Resultat der Schätzung, welche das Ablösungskapital auf 25,396 fl. 40 kr. festsetzt, den Betheiligten eröffnet war, ertheilte die Finanzbehörde ihre Zustimmung zu der Uebereinkunft vom 17. Juni 1840, mit dem Vorbehalt jedoch, daß das auf die eigenthümlichen Güter der Pfarrei fallende Betreffniß von dem Ablösungskapital ad 24,500 fl., worunter es begriffen sei, ausgeschieden werde, da nach Landrechtsatz 710 c d die Ablösung des Zehntertrags von eigenen Gütern und damit die Theilnahme an dem Staatszuschuß als unzulässig erscheine. Die Vertreterin der Pfarrei (welche den Besitz eigenthümlicher Güter auf Kirchheimer Gemarkung nicht in Abrede zog) stellte dagegen den Antrag, daß die Finanzbehörde für schuldig erklärt werde, von der Schätzungssumme ad 25,396 fl. 40 kr. den fünften Theil als Staatsbeitrag ohne allen Abzug zu leisten *).

Das Untergericht erkannte durch Urtheil vom 16. September 1841 zu Recht:

„Die Finanzbehörde sei nur schuldig, den Staatszuschuß mit 1/5 zu der durch Vertrag vom 17. Juni 1840 auf 24,500 fl. bestimmten Ablösungssumme per 4,900 fl. zu leisten. Mit dem Antrage, daß die Finanzbehörde den Staatszuschuß zu der auf 25,396 fl. 40 kr. geschätzten Ablösungssumme beitrage, wird die Pfarrei Kirchheim abgewiesen ꝛc.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte die Finanzbehörde deßhalb, weil der Ertrag der eigenthümlichen Pfarrgüter von dem Staatszuschuß nicht ausgeschieden worden sei, während die Pfarrei, im Wege der Adhäsion sich beschwerend, das Gesuch stellte: daß der Staatsbeitrag von der Schätzungssumme ad 25,396 fl. 40 kr. berechnet und ihr zuerkannt werden möge. Auf die deßfallsigen Verhandlungen erfolgte am 18. Mai 1843 das hofgerichtliche Urtheil, wodurch der amtliche Bescheid, unter Verwerfung der von der Appellatin eingelegten Adhäsion, als unstatthaft, bestätigt worden ist.

Entscheidungsgründe.

Bei dem gerichtlichen Verfahren über die Zehntablösungen können die Vorschriften der Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nur in so fern Anwendung finden, als das Zehntablösungsgesetz — als ein besonderes Gesetz — nicht ausdrücklich eine Ausnahme davon macht. Wenn nun §. 66 jenes Gesetzes allgemein festsetzt: „Ist einer oder der andere der Betheiligten hiermit (mit dem Bescheide des Unterrichters) nicht zufrieden, so steht ihm die Berufung an das Gericht zweiter Instanz binnen vier Wochen offen;" — wenn dann dort ferner bezüglich der Einrichtung der Berufungsschrift auf die Vorschriften der Proceßordnung verwiesen und sodann am Ende noch hinsichtlich der Oberberufung gesagt wird: „die Fristen sind dieselben, wie beim Verfahren in zweiter Instanz", — so geht aus allem diesem klar hervor, daß das Zehntgesetz einmal eine Ausnahme von den Vorschriften der Proceßordnung begründen wollte, und diese Ausnahme dahin festsetzte, daß jedem Betheiligten nur ein und dasselbe Rechtsmittel, jenes der selbstständigen Berufung offen stehen, und dieses eine Rechtsmittel an die festbestimmte Frist von vier Wochen gebunden sein soll. Hiernach erscheint bei diesem Verfahren jedes andere Rechtsmittel ausgeschlossen und die Adhäsion gewiß um so mehr, als solche einmal kein selbstständiges, sondern ein von

*) Die von den Parteien für und wider den fraglichen Abzug geltend gemachten Gründe bleiben hier unberührt, weil die Streitfrage selbst von dem Hofgerichte nicht entschieden worden ist.
D. Eins.

Erhebung der selbstständigen Berufung, somit von der Thätigkeit des Gegentheils abhängiges Rechtsmittel ist, sodann weil sie keinenfalls in der vom Zehntgesetz peremtorisch bestimmten Frist von vier Wochen eingebracht werden könnte; eben wegen ihrer Abhängigkeit von der zuerst geltend zu machenden Appellation. Proceßordnung §. 1209—1212. — Der vom Unterrichter festgesetzte Betrag des Ablösungskapitals auf 24,500 fl. — in welchem Theile des Urtheils die Beschwerden beider streitenden Parteien zusammentreffen, indem die Finanzbehörde jenen Betrag gemindert, die Pfarrei aber erhöht haben will — steht sonach der Pfarrei gegenüber rechtskräftig festgestellt, und es kann sich nur noch um die Begründetheit der Beschwerden der Finanzbehörde fragen. Abgesehen nun davon, ob die erste Beschwerde *) der Finanzbehörde rechtlich begründet sey? erscheint dieselbe thatsächlich nicht begründet und deßhalb schon verwerflich. Das für die Zehntablösung vorgeschriebene gerichtliche Verfahren hat nämlich offenbar die Aufgabe, in allen Beziehungen die Rechte und Verbindlichkeiten der beim Zehnten betheiligten Personen einfür allemal festzustellen, und ihr Aequivalent in einer Summe, dem zu leistenden Ablösungskapitale, auszusprechen; es ist dieß auch die ausdrückliche Bestimmung der §§. 65 und 66 des Zehntablösungsgesetzes. Diese Aufgabe kann jedoch nur dann als dem Gesetze gemäß gelöst betrachtet werden, wenn das Ablösungskapital nicht bloß in allgemeinen Umrissen hingestellt wird, sondern wenn es nach arithmetisch berechneter Größe ausgedrückt ist; dieß ist der Zweck aller Prämissen zum Urtheil, aller dasselbe vorbereitenden Verhandlungen, Schätzungen, Berechnungen; und jener Zweck wäre offenbar verfehlt, wenn das Endurtheil das Ablösungskapital wieder nur nach allgemeinen Umrissen hinstellte, und dadurch neues Verfahren und neues Urtheil nöthig machte, um endlich die Parteien darüber zu verständigen, was sie eigentlich fordern dürfen und zu zahlen schuldig sind. Zu diesem Resultate darf jedoch der Richter vermöge der auch hier geltenden Verhandlungsmaxime — nur dadurch gelangen, daß die Parteien ihm die dazu nöthigen Thatverhältnisse und Beweismittel an die Hand geben, weil jedes eigene Hervorsuchen und Benützen von solchen durch den Richter gerade gegen jenen ersten Grundsatz des richterlichen Verfahrens verstoßen würde. Es hat diesen allgemeinen Grundsatz auch das Zehentablösungsgesetz im §. 66 ausdrücklich sanctionirt, indem es nicht nur verlangt, daß, wenn einer der Betheiligten eine neue Schätzung beantrage, er dieß ausdrücklich in der Berufungsbeschwerdeschrift thun müsse; sondern auch bezüglich der Einrichtung der Berufungsschrift auf §. 1170 der Proceßordnung (die Bezeichnung „§. 1169" ist offenbar irrig, da dieser nicht von Einrichtung, d. i. dem Inhalte der Berufungsschrift handelt, sondern sagt, daß die Aufstellung der Beschwerden schriftlich geschehen müsse, und eine Bezugnahme hierauf nicht nöthig war, wenn das Gesetz von einer Berufungsschrift (spricht) hinweist, und dieser Paragraph ausdrücklich die Anführung der neuen Thatsachen und Beweismittel, wodurch der Appellant zu seinem Ziele gelangen will, anordnet. Betrachtet man nun aber die von der Finanzbehörde gegebene thatsächliche Begründung der Beschwerde und ihres Antrags, so zeigen sich wesentliche Mängel. Der Antrag geht nämlich lediglich dahin, auszusprechen, daß die Finanzbehörde schuldig sei, ein Fünftel von 24,500 fl., weniger das auf die eigenthümlichen Güter der Pfarrei fallende Zehntertrags-Betreffniß, zu zahlen; also nicht eine bestimmte Summe soll hier als Schuldigkeit ausgesprochen werden, wie das Gesetz es verlangt, und worauf das unterrichterliche Urtheil auch lautet, worauf daher der Oberrichter nach §. 1223 der Proceßordnung ebenfalls erkennen muß; — sondern es soll abermals auf eine unbestimmte, erst durch weiteres Verfahren noch zu ermittelnde Größe erkannt werden. Wollte man aber selbst hievon absehen, und annehmen, es sei die Absicht der Appellatin gewesen, daß der Richter doch eine bestimmte Größe im Urtheile ausspreche, die freilich erst durch weitere Verhandlungen, Schätzungen ꝛc. zu ermitteln wäre, von der Partei aber ebendeßwegen noch nicht bezeichnet werden könnte, so fehlt es auch dann wieder an den nöthigen Anführungen von Beweismitteln und an Anträgen auf deren Erhebung, namentlich an einem solchen auf eine, wenn nicht neue, doch nachträgliche Schätzung, wodurch allein das auszuscheidende Betreffniß ermittelt werden könnte, und worauf ein Antrag auch nach der Bestimmung des §. 66 des Zehntablösungsgesetzes gestellt sein muß. Selbst ein Beweiserkenntniß zu erlassen, ist der Gerichtshof nicht in der Lage, da es an der Anführung eines Zehntbetreffnisses fehlt, das etwa nach der Ansicht der Appellantin von dem Kapitale auszuscheiden wäre, und dessen Vorhandensein zu beweisen, derselben auferlegt werden könnte. Da nun die Appellation einen der Größe nach unbestimmten richterlichen Ausspruch verlangt, und dieß gesetzlich nicht gestattet ist, überdieß es an den nöthigen thatsächlichen Anführungen mangelt, um selbst im Wege der weiteren Verhandlung zu einer bestimmten Größe zu gelangen, so erscheint die erste Beschwerde der Appellantin als verwerflich.

Bayer.

*) Die zweite Beschwerde betrifft den Kostenpunkt, welcher in dieser Mittheilung mit Stillschweigen übergangen wird.
D. Eins.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Hiezu eine Beilage von G. A. Kummer in Zerbst.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 30. Karlsruhe den 29. Juli 1843.

I.

1) Welche Gebühren haben Amtspraktikanten für auswärtige Geschäfte anzusprechen?

2) Ist eine Mehrforderung gerichtlich strafbar?

Oberamts- und Amts-Aktuarien beziehen bei auswärtigen Verrichtungen als Vergütung für Zehrung eine Diät von 2 fl. und als Vergütung für Transportkosten den aufgewendeten Rittlohn nebst Fütterungs- und Trinkgeld. Dieselben Gebühren hat ein Rechtspraktikant, welcher bei einem Amte als Aktuar angestellt ist.

Diäten-Reglement vom 30. Juli 1804. §. 11. 29. Verordnung vom 14. September 1808. I. Klasse 3. B. b. II. g.

Erlaß des Ministeriums des Innern vom 1. August 1817 Nr. 7428.

Amtskommissäre, Oberamts- und Amtsassessoren beziehen eine Diät von 3 fl. und den aufgewendeten Fuhrlohn.

Diäten-Reglement §. 9. 29. Nachtrag I. Klasse 3. A. c. II. D.

Gleichen Anspruch haben Rechtspraktikanten, welche von der betreffenden Kreisregierung als Amtsverweser bestellt sind.

Erlaß des Großherzoglichen Ministeriums des Innern vom 27. November 1818. Nr. 7682, vom 25. Juni 1827. Nr. 6332, und vom 3. Dezember 1830 Nr. 12262.

Nach der Verordnung vom 2. November 1826 sind aber die Amtsvorstände auch ermächtigt und verpflichtet, unter ihrer Aufsicht und Verantwortlichkeit den bei Aemtern beschäftigten Rechtspraktikanten selbstständige Arbeiten anzuvertrauen, und darauf hin werden ihnen namentlich auf dem Lande auch auswärtige Geschäfte aufgetragen. Nach einer ziemlich allgemeinen Praxis glauben nun die Rechtspraktikanten und selbst die Amtsvorstände, daß eine Diät von 3 fl. und Fuhrlohn angerechnet werden dürfe, namentlich wo noch ein Aktuar beigegeben wurde, indem dem Rechtspraktikanten die Eigenschaft eines Amts-Kommissärs beigelegt wird.

Der Einsender hält dies für ungesetzlich und ist der Meinung, daß auch in diesen Fällen die Rechtspraktikanten mit den Gebühren eines Aktuars sich zu begnügen haben.

Ein Amtsvorstand kann die ihm verliehene Amtsgewalt an Andere nur in so fern übertragen, als es die organischen Bestimmungen über seinen Geschäftskreis erlauben, und diese gestattet die Ernennung eines Rechtspraktikanten als Stellvertreter nur zur Vornahme einzelner Geschäfte. Für die Geschäfte selbst werden Taxen und Sporteln angesetzt, nicht aber Diäten und Vergütung von Transportkosten, als welche nur bestimmt sind zur Bestreitung des standesmäßigen Aufwandes für Zehrung des Beamten und für dessen Verbringung an den Ort, wo das Geschäft vorzunehmen ist.

Eingang zum Diäten-Reglement vom 30. Juli 1804.

Eingang zur Tax- und Sportel-Ordnung vom 17. Juli 1807.

Eben deßhalb richten sich die letztern Gebühren nach dem Rangverhältnisse des Beamten,

Eingang zur Verordnung vom 14. Sept. 1808.

und ein höherer Rang wird doch dem Rechtspraktikanten dadurch nicht verliehen, daß ihn der Amtsvorstand zur Vornahme eines Geschäftes absendet. Dadurch ist er noch nicht Amtskommissär; dies bezeichnet vielmehr im Sinne des Gesetzes einen Amtsverweser, wie eine Vergleichung der im Nachtrage zum Diätenreglement I. Klasse 3. A. b. c. genannten Personen ergibt, wo die Oberamtsverweser und Amtmänner den Amtskommissären

Digitized by Google

und Oberamts- und Amts-Assessoren gegenüber gestellt sind. Und hieran hat das Großh. Ministerium der Finanzen durch seinen Erlaß vom 25. Oktober 1817. Nr. 18615 nichts ändern können, so wie das Großherzogliche Ministerium des Innern durch seinen Erlaß vom 16. Januar 1832. Nr. 480 nichts ändern wollen, wie auch ein Erlaß des Großherzoglichen Justizministeriums vom 22. März 1839. Nr. 1324 mit Hinweisung auf die Erlasse des Großherzoglichen Ministeriums d. J. vom 25. Juni 1827 und vom 16 Januar 1832 ausspricht, daß ein Theilungskommissär nur dann Diät und Fuhrlohn des Amtsrevisors ansprechen könne, wann er als Amtsrevisoratsverweser bestellt worden ist.

Ein weiterer und noch gröberer Mißbrauch ist es, wenn Rechtspraktikanten für die Vornahme auswärtiger Geschäfte Fuhrlohn oder auch nur Rittlohn ansetzen, während sie weder gefahren noch geritten, sondern zu Fuße gegangen sind, worin die Praxis ebenfalls sehr allgemein sein soll. Sie berufen sich für dieses Verfahren ebenfalls auf Verfügungen höherer Behörden, nach der Ansicht des Einsenders abermals mit Unrecht, weil hierüber das Diätenreglement klare Vorschriften enthält und daran keine Behörde etwas ändern darf. Nach dem förmlich ausgesprochenen Grunde des Gesetzes soll der Diener durch Verschickungen nicht in den Fall kommen, bei anständiger Einschränkung doch noch von dem Seinigen zusetzen zu müssen, dagegen auch der Staat mit Recht Sicherung erwartet, daß nicht dergleichen Verschickungen mißbraucht werden, um auf öffentliche Unkosten sich Vortheile zu schaffen; in §. 29 hat der Gesetzgeber nachdrücklich wiederholt, daß die Transportkosten in dem aufgewendeten Fuhr- und Rittlohn bestehen, und endlich in §. 34 nochmal eingeschärft, daß für Pferde und Kutscher, die nicht wirklich mitgenommen worden sind, niemals etwas aufgerechnet werden darf.

Zur Unterdrückung dieser Willkührlichkeiten bietet unsere Gesetzgebung mehrfache Mittel, theils präventiver theils repressiver Natur, aber bei der Allgemeinheit des Uebels muß man fast glauben, daß sie nicht strenge genug angewendet werden.

Zunächst sind es die Amtsvorstände, welchen die Aufsicht über die Geschäfte der Amtspraktikanten obliegt, und dahin gehört unstreitig die Prüfung der Ansätze von Diäten und Transportkosten, welche durch Auswärtige Geschäfte veranlaßt werden.

Ueber den Beamten stehen die Großherzoglichen Kreisregierungen theils in so fern, als von ihnen die Derreturen auf öffentliche Kassen auszugehen haben, theils als Aufsichtsbehörden über die Bezirks-Verwaltung. Ihnen zur Seite stehen die Großherzoglichen Hofgerichte, welchen die Aufsicht über die bürgerliche und Strafgerichtsbarkeit der Aemter übertragen ist. In Folge dessen haben die Kreisregierungen die Ansätze nach der Diäten-Ordnung zu prüfen, Diäten-Reglement §. 41, und Unordnungen, so weit sie nicht auf bösem Vorsatze beruhen, im dienstpolizeilichen Wege an Beamten und Rechtspraktikanten zu ahnden, in schwereren Fällen aber, wo böse Absicht zu Grunde liegt, die Letzteren an die Gerichte zu überweisen und wegen gerichtlicher Bestrafung der Erstern Vorlagen an die höheren Behörden zu machen. Org. Reser. vom 26. November 1809. Beil. D. §. 4.

In gerichtlichen Sachen aber ist es Pflicht der Gerichte, die Disciplinargewalt selbst zu handhaben und bei bedeutenden Uebertretungen gegen die Rechtspraktikanten gerichtliche Untersuchung anzuordnen, so wie wegen der Beamten an die höheren Behörden Bericht zu erstatten.

O. G. O. §. 4. Edikt vom 30. Januar 1819 §. 10 und folgende.

Gerichtliche Untersuchung ist namentlich einzuleiten und beziehungsweise zu veranlassen, wo Diäten und Fuhr- oder Rittlöhne von Privatpersonen eingezogen worden sind, ohne daß eine diätenordnungsmäßige Specification zu den Akten gelegt worden ist. Denn hierauf setzt das Diäten-Reglement §. 39. die Strafe der Geschenknahme, eine Strafe, welche nach St. E. §. 55 vergl. mit §. 4 gerichtlich ist.

Dasselbe Vergehen wird begangen, wie durch Uebernehmung von Taxen und Sporteln, Taxordnung §. 19, so durch den vorsätzlichen Bezug ungebührlicher Diäten und Transportkosten, ohne daß ein weiteres Merkmal hinzuzukommen braucht. Denn ungebührlich ist der Bezug, wenn er Statt hat für Amtsverrichtungen, die der Beamte um einen mindern Preis zu thun schuldig ist, und darin liegt der Begriff der Geschenknahme, St. E. §. 55; was bestätigt wird durch die Beil. II. zur Obergerichtsordnung, die obergerichtliche Taxordnung, deren Schluß also lautet:

Digitized by Google

„Außer diesen Taxen darf den Parthien nichts angerechnet oder angefordert, noch ungefordert von ihnen genommen werden, es sey nun pro Fisco oder pro Ministro Justitiae bei Strafe des Geschenknehmens; nur allein sind davon ausgenommen: Verrichtungen bei Obsignations- und Inventur-Beschäftigungen, wo es den Parthien frei steht, ob sie dem Commissär, Aktuar und Kanzellei-Diener etwas oder nichts geben wollen, indem auch hier nichts gefordert, wohl aber das ungefordert Gegebene angenommen werden kann."

Ueberhaupt liegt, falls etwas Ungebührliches wissentlich bezogen worden ist, das Verbrechen der Geschenknahme immer vor, wenn nicht die Merkmale einer Bestechung (Rechtsfeilschaft) oder einer Konkussion (Erpressung) hinzukommen, und diese beiden Verbrechen können bei dem Bezuge ungesetzlicher Diäten und Transportkosten durch Rechtspraktikanten nicht leicht begangen werden. Sie setzen nämlich, so wie das St. E. im §. 53. 54 ihren Begriff festgesetzt, als Thäter eine Person voraus, welche mit einer Amtsgewalt bekleidet ist. Unter diese Personen gehören nun zwar auch die den Aemtern zugehörigen Subalternen, wie Aktuarien, Gerichtsboten, Gefangenwärter, u. s. w., aber nur innerhalb des ihnen organisationsmäßig zugewiesenen Geschäftskreises, also der Aktuar nur hinsichtlich des ihm zukommenden Beurkundungsrechtes. Dahin gehört aber nicht der Ansatz und der Einzug von Diäten und Transportkosten, als welche erst auf den Grund einer amtlichen Verfügung erhoben werden können.

In dieser Beziehung können also in der Regel nur die Bezirksbeamten durch vorsätzliche Anrechnung und Einforderung ungesetzlicher Bezüge des einen oder andern Verbrechens als Thäter sich schuldig machen. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Aktuarien, welche den ungebührlichen Ansatz vorsätzlich gemacht haben, mit oder ohne Einverständniß des Beamten, als Verbündete (Komplotteurs) oder als einfache Gehülfen oder als Begünstiger straffällig werden.

Ausnahmsweise können jedoch auch Rechtspraktikanten als Thäter sich darstellen, wenn sie die Verfügung, wodurch ungesetzliche Diäten und Transportkosten gefordert werden, Namens des Beamten unterzeichnen und an die Parthien hinaus gehen lassen. Denn zur letzten Handlung sind sie bei Verhinderung des Beamten ermächtigt, ohne daß den Amtsuntergebenen zusteht, darüber eine Untersuchung anzustellen, ob ein Fall der Verhinderung vorgelegen ist. Verordnung vom 20. Februar 1829 §. 13.

Mit unerbittlicher Strenge aber müssen solche Uebertretungen zur Erhaltung der Ehre des Beamtenstandes und zur Wahrung der Würde des Dienstes verfolgt werden; denn „sobald Geiz und Habsucht, und mit diesen die Niederträchtigkeit überhaupt unter den Beamten des Staates herrschend geworden, so ist der Staat selbst in seinem Lebensprinzip angegriffen, ist gleichsam in seinem Blute vergiftet und krankt unheilbar seinem Verderben entgegen." *) Ant. Mayer.

II.

Ueber die Lehenserneuerung, insbesondere über die Lehensmuthung nach badischen Gesetzen **).

§. 1.

Das fünfte Constitutionsedict vom 12. August 1807, die Lehensverfassung des Großherzogthums Baden betreffend, verordnet in §. 10, daß bei Veränderungen in der Herrenhand (in manu dominante) und in der Mannenhand (in manu serviente) jedes Lehen erneuert werden müsse.

Die Frist, in welcher diese Erneuerung zu geschehen hat, ist auf Jahr und Tag (annus et dies) d. i. ein Jahr und dreißig Tage festgesetzt. Hat sich eine Veränderung in der Herrenhand des Staatsregenten ergeben, so ist die Frist zur Lehenserneuerung von dem Tage der Bekanntmachung des Todes, oder des Abganges von der Lehenherrlichkeit in dem Regierungsblatt an zu rechnen; bei Veränderungen in der Herrenhand der Standesherrn aber, so wie bei Veränderungen in der Mannenhand, d. h. bei solchen Veränderungen, wo ein im Genusse des Leheneigenthums stehender Vasall oder Lehenträger stirbt, beziehungsweise von dem Lehen zurücktritt, und somit das Leheneigenthum auf einen Andern übergeht — läuft die Frist erst von der Zeit an, wo die Veränderung dem Lehensfolger kund wird, oder bei gehöriger Achtsamkeit auf seine Rechtszuständnisse kund werden konnte.

---

*) Feuerbach Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung. S. 191.

**) Von Oberhofgerichts-Sekretär Dr. Löw in Mannheim.

Digitized by Google

§. 2.

Die Lehenserneuerung (renovatio investiturae) bestätigt und beurkundet das schon gegründete lehenverbindliche Verhältniß zwischen dem Lehenherrn und dem Vasallen, gibt aber kein neues Lehenrecht, wenn ein soiches nicht vorhanden war, wie schon aus dem Begriffe der Erneuerung klar hervorgeht.

Die Gültigkeit der erneuerten Belehnung hängt in der Regel von der ersten Belehnung ab, und der Lehenbrief über die erneuerte Beiehnung ist aus dem ersten Lehenbriefe auszulegen. Der neue Lehenbrief muß mit dem alten einen und denselben Inhalt haben, und erlaubt ist nur eine solche Aenderung, welche ihrer Natur nach nothwendigerweise vorgenommen werden muß, z. B. die Aenderung des Namens und der Eigenschaft des Besitzers oder Lehensherrn, oder die etwaige Abweichung von dem früheren Lehenbrief, wenn mit lehensherrlichem Consens irgend ein Bestandtheil des Lehens veräußert worden sein sollte, wobei jedoch in dem Lehenbrief die Veranlassung ausdrücklich anzuführen ist. Wenn rechtsgenüglich dargethan werden kann, daß Irrthum oder Betrug die Anerkennung des Daseins der erneuerten Lehensverbindung oder ihres Uebergangs auf den Belehnten veranlaßt hat, so ist die erlangte Lehenserneuerung unwirksam. Sind jedoch auf einen solchen Vorgang noch zwei weitere gefolgt, in welchen das Lehen mit einstimmig unterstellter Gültigkeit einer in einem früheren Lehenbrief zu lesenden Abweichung empfangen und verliehen worden, so soll der Beweis eines Irrthums oder Betrugs nicht mehr zugelassen werden. Auch soll da — wo die ausdrückliche Anführung des Anlasses, weshalb irgend eine Veränderung in dem neuen Lehenbriefe vorgenommen wurde, unterbleiben, die Aenderung aber gleichförmig in drei auf einander folgende Lehenbriefe übertragen worden ist — diese Wiederholung als Vermuthungsgrund angesehen werden, daß die Aenderung mit Recht erfolgt sei, und soll die Aenderung zum Grund der Rechtsentscheidung dienen, so lange nicht gezeigt werden kann, daß sie aus einem Irrthum in die Lehenbriefe aufgenommen worden sei.

§. 19 des Lehenedicts.

§. 3.

Zur Investiturerneuerung ist in der Regel nur derjenige verbunden, der wirklich in das Lehneigenthum und dessen Genuß eingetreten ist.

Ausnahmen von dieser Regel sind:

a) wenn eine Gemeinde, Körperschaft oder Staatsanstalt das Nutzeigenthum an einem Lehen genießt. In diesem Falle ist, wo durch Lehenverträge nichts besonderes bedungen ist, der jeweilige erste Vorsteher als gesetzlicher Lehenträger (provasallus) zu betrachten, und alles dasjenige zu leisten schuldig, was dem Lehensmanne in Person zu leisten obliegt, und die Gemeinde, Körperschaft oder Staatsanstalt hat ihn hiefür gebührend zu entschädigen;

b) wenn ein Lehen, das mit Standes- oder Grundherrlichkeit versehen ist, mehreren Lehenleuten getheilt oder ungetheilt (divisim seu indivisim) als Erbe angefallen ist. Hier ist ebenfalls nur einer als Lehenträger anzusehen, und zwar, wenn durch gültige Lehenverträge nichts anderes ausgemacht ist, bei Standesherrschaften der Erstgeborne, bei anderen Lehen aber der Aelteste der erbenden Theilhaber (senior familiae). Derselbe soll zugleich der alleinige Verwalter der standes- oder grundherrlichen Obrigkeitsrechte sein;

c) wenn ein gemeines Lehen auf Mehrere getheilt oder ungetheilt vererbt wird, und diese vom Lehenherrn das Recht erlangt haben, zur Vertretung ihrer gemeinschaftlichen Lehenpflichten einen Lehenträger aufzustellen. Hier ist immer der Aelteste unter den volljährigen Theilhabern der Lehenträger, wenn hierüber keine anderweite Bestimmung getroffen ist.

In diesem Falle, so wie in dem unter litt. b. angeführten muß der Lehenträger von sämmtlichen Mittheilhabern eine Vollmacht vorlegen, damit Letztere von dem Vorgang Kenntniß erhalten, und sich nicht mit Unwissenheit entschuldigen können;

d) wenn der Vasall in dem Zeitpunkte noch minderjährig ist, wo das Lehen erneuert werden soll. Hier muß der obrigkeitlich bestellte Vormund — welcher sich als solcher gehörig zu legitimiren hat — das Lehen eben so muthen, als wenn er selbst Lehenträger wäre, kann aber nur einen Muthschein mit der Auflage zur persönlichen Meldung des Vasallen oder eigentlichen Lehenträgers nach erreichter Eidesmündigkeit (nach vollendetem 18ten Lebensjahre) erlangen. Die Lehensempfängniß selbst darf jedoch wegen der die Huldigung meistens zu-

Digitized by Google

gleich vertretenden Lehenpflichtleistung nur von dem Vasallen selbst, sobald er die Eidesmündigkeit oder Volljährigkeit erlangt hat, nachgesucht, muß aber längstens binnen Jahr und Tag (einem Jahre und dreißig Tagen) nach erreichter Grosjährigkeit (nach vollendetem 21ten Lebensjahre) bei Strafe der Lehensuntreue (Verwirkung des Lehens) erbeten werden.

§. 20 des Lehenedicts.

§. 4.

Diejenigen männlichen oder weiblichen Lehenerben, denen noch kein Genußrecht am Lehen zukömmt, welche aber dereinst Erbansprüche daran haben, sind nicht schuldig, in vorkommenden Fällen das Lehen zu erneuern, wohl aber sind sie gehalten, dafür zu sorgen, daß ihrer in Erneuerungsfällen als Sammtbelehnten gedacht werde.

Die Sammtbelehnung, Mitbelehnschaft, gesammte Hand (investitura simultanea, seu coinvestitura) ist in zwei Fällen unumgänglich nöthig, und zwar:

a) wenn bei einer ersten, oder bei einer erneuerten Belehnung Ahnherrn oder Seitenverwandte männlichen Geschlechts mit in der Belehnung begriffen sein sollen.

b) wenn bei Lehenserneuerungen den männlichen Seitenverwandten der in den Besitz und Genuß des Lehens eintretenden Lehenleute ein Erb- und Anfallrecht vorbehalten werden soll.

Bei den weiblichen Seitenverwandten ist die Sammtbelehnung nur im ersten Gliede nothwendig, d. h. es darf nur diejenige Tochter, welche aus der belehnten Familie durch Heirath austritt, oder noch ledig in der Familie ist, so lange eine oder die andere sich am Leben befindet, genannt werden. Damit ist allen ihren lehensfähigen Nachkommen, die mit ihrem Manne gleichen Namens und Stammes sind, ohne weitere Fortsetzung der Sammtbelehnung ihr Recht gewahrt, in so fern sie die Abstammung von einer solchen sammtbelehnten Lehenstochter nachweisen können.

Bei jeder weitern Heirath einer Tochter aus einem solchen sammtbelehnten Stamme muß aber durch gleiche Sammtbelehnung den Kindern, die einem andern Namen und Stamme angehören, das Erbrecht gewahrt werden.

§. 21 des Lehenedicts.

§. 5.

Die Lehensanwartschaft (exspectativa feudalis) d. i. der Vertrag, zwischen dem Lehensherrn und dem Anwärter, vermöge dessen diesem die Verleihung des Lehens auf den Fall der Eröffnung versprochen wird, ist, streng genommen, keine Lehenssache, sondern hängt lediglich von der Befugniß des Lehensherrn, offen werdende Lehen anderweit zu begeben, ab. Ist sie nun auch von dieser Seite gültig, so kann sie doch nur wirksam sein, wenn der Heimfall sich bei Lehen desjenigen Herrn ergibt, der die Anwartschaft ertheilte: seine Nachfolger in der Lehensherrschaft sind nicht daran gebunden. Deßhalb sind die Anwärter (exspectativarii) nicht schuldig, die Renovation nachzusuchen. Die vorsorgliche Belehnung (investitura eventualis) aber ist eine bedingte Belehnung, d. h. eine wirkliche nur in der Vollziehung auf den Tod des alten Lehenmannes verschobene Einsetzung in das Recht des Eigenthums und Besitzes des Lehens — ein Recht, welches auf die lehensfolgefähigen Nachkommen des ersten Erwerbers übergeht, und durch eine geänderte Entschließung des Nachfolgers in der Lehenherrschaft nicht entzogen werden kann. Zur Erhaltung (conservatio) eines derartigen Rechtes muß der Belehnte alles das thun, was dem Vasallen wegen seines nutzbaren Eigenthumes zu thun obliegt; er muß daher auch die vorsorgliche Belehnung eben so erneuern lassen, als wenn er wirklich im Besitze des Lehens sich befände, und zwar bei Verlust seines vorsorglich erlangten Rechtes. Außer den allgemeinen Erfordernissen der Ertheilungsfähigkeit des Gebers, und der Empfangsfähigkeit des Empfängers erfordert eine solche vorsorgliche Belehnung noch die Miteinwilligung des im wirklichen Besitz befindlichen Lehenmannes, damit diesem wegen etwaigen Innebehaltungsrechten oder anderen beim Heimfall geltend zu machenden Ansprüchen der Rechtsstand nicht erschwert werde.

Die vorsorgliche Belehnung findet nur bei einem bestimmten, und ganz genau beschriebenen Gute statt; die Anwartschaft dagegen kann auf ein oder mehrere unbestimmte Lehen, die da gerade in Erledigung kommen, ertheilt werden.

§. 22 des Lehenedicts.

§. 6.

Es liegt in dem Begriffe der Lehenstreue und Lehenshöflichkeit, daß der Vasall die Investiturerneuerung nachzusuchen hat.

Digitized by Google

Ein solches, an das Großherzogliche Justizministerium als Lehenhof, (Regierungsblatt vom Jahre 1826. Nr. 8. pag. 54) und wenn es ein Thronlehen betrifft, an das Großherzogliche Staatsministerium (Regierungsblatt vom Jahre 1819. Nr. 16. pag. 91) gerichtetes — von dem Vasallen eigenhändig mit Vor- und Zunamen unterschriebenes, auf Stempelpapier von 30 kr. p. Bogen gefertigtes — Gesuch, welches alles dasjenige mit öffentlichen Urkunden belegt enthalten muß, was dem Lehenhof oder Lehensherrn zu wissen nöthig ist, um sich für verpflichtet zu halten, den Bittsteller zur Lehensempfängniß zuzulassen — nennt man bei vielen deutschen Lehenhöfen, und auch nach badischen Gesetzen die Lehensmuthung. Diese Benennung scheint ihrer Etymologie nach von der Anzeige der Mutation in der Person des Lehenträgers herzukommen, denn Muthen und Muthjahre bei Handwerkern beziehen sich auch auf mutationem domicilii (Wanderung) die damit abgekauft wird.

Bei der Lehensmuthung muß der Lehensmann:

a) den Veränderungsfall bestimmt angeben. Hat sich der Fall in der Mannenhand ereignet, so ist darüber eine Bescheinigung vorzulegen.

Da der Tod die gewöhnlichste Ursache der Lehensveränderung ist, so muß ein legaler Todtenschein beigebracht werden, damit der Lehensherr nicht Jemanden für todt betrachtet, der noch lebt, und das Lehen nicht vivo vasallo an einen Andern abgibt;

b) ist die Angabe des Falles, in welchem die letzte Belehnung erfolgt ist, erforderlich, eben so die Darlegung ihres jetzt zu erneuernden Inhalts mittels einer beglaubten Abschrift des jüngsten Lehenbriefes;

c) hat der Bittsteller, wenn er ein Anderer ist, als der in der letzten Belehnung Erschienene, d. h. wenn eine Aenderung in der Mannenhand sich ergeben hat, seine rechtmäßige Nachfolge ins Lehen mit öffentlich beglaubten Urkunden darzuthun;

d) wenn der Bittsteller als Lehenträger für sich und andere Mitbelehnte, oder vorsorglich Belehnte, oder als Vormünder eines minderjährigen Vasallen auftritt, so hat er Vollmacht von seinen Gewaltgebern, beziehungsweise die urkundliche Rechtfertigung seiner Gewaltgeber zu ihrer Betheiligung am Lehen, oder des Tutorium vorzulegen;

e) hat derselbe sämmtliche Lehenbestandtheile genau und gewissenhaft anzugeben, oder das sogenannte dimmeramentum feudale zu übergeben;

f) sind die Quittungen über die bei den vormaligen Lehenhöfen entrichteten Lehenstaxen und andere Gebühren in Ur- oder Abschrift dem Muthungsgesuche beizufügen;

g) sofern der Vasall nicht im Großherzogthum entweder selbst wohnt, oder einen Beamten im Lande aufgestellt hat, und das Lehen nicht in Person empfangen kann, oder wegen bedeutender Kosten nicht persönlich in Empfang nehmen will, wird ihm zur Verbindlichkeit gemacht, diesfalls unter Angabe des Grundes um Nachsicht der persönlichen Erscheinung gegen eine zu erlegende Taxe einzukommen, und um Zulassung eines annehmbaren Stellvertreters aus den am Sitze oder in der Nähe des Lehenhofes befindlichen Staatsdienern, oder Obergerichtsadvokaten zu bitten, und endlich

h) muß der Vasall das Begehren stellen, ihn zum Lehen zuzulassen, sofort zur Lehensempfängniß eine Tagfahrt anzuberaumen.

§. 11. Des Lehenedicts.

Aufruf sämmtlicher Vasallen des Großherzogthums Baden zur neu vorzunehmenden Lehensmuthung vom 5. August 1811. (Regierungsblatt von demselben Jahre Nr. 22) desgleichen vom 15. Januar 1819 (Regierungsblatt von demselben Jahre Nr. 6) — desgleichen vom 7. May 1830 (Regierungsblatt von demselben Jahre Nr. 8.)

§. 7.

Ist der Vasall innerhalb der gesetzlichen Frist außer Stand, die Investiturerneuerung einzuholen, so kann er eine Nachsichtsbitte, oder ein Gesuch um Fristverlängerung einreichen, und zwar auf so viele Monate, als ihm über die geordnete Frist noch nöthig zu seyn scheinen, um die zu einer vollständigen Muthung erforderlichen Belege sich zu verschaffen. Diese Bitte muß die Erzählung des Anlasses zur Lehensmuthung, und die Bescheinigung des Hinderungsgrundes, aus welchem er sie nicht in Zeiten einreichen kann, enthalten.

Wenn vor dem Ablaufe der erbetenen Frist keine Entschließung erfolgt, so gilt die Nachsicht für diesen Zeitraum als stillschweigend verwilligt. Erfolgt aber eine Nachsichtsverfügung, so kann diese aus bewegenden Ursachen die gebetene Verlängerung abkürzen jedoch nie

Digitized by Google

unter drei Monate herabsetzen. Solche Verlängerungen nennt man Lehensindulte, (indulta feudalia) die nicht leicht abgeschlagen werden können, außer, wenn sie erweislich ohne Grund nur aus gefährdevollen Absichten nachgesucht worden sind, oder, wenn ein Vasall nach drei erlangten Nachsichten noch eine vierte, ohne unvermeidliche und hinlänglich beurkundete Ursachen sich erbeten hat. Bei dem ersten bis dritten Nachsichtsgesuche genügt zur Bescheinigung das Erbieten, die Angabe demnächst auf das Lehengelübde zu nehmen, bei einer vierten, oder weitern aber nicht mehr.

Jede weitere Frist, welche vom Ablaufe des gesetzlichen Termins von einem Jahre und dreißig Tagen zur Lehensmuthung gegeben wird, zieht im Falle der Versäumung denselben Rechtsnachtheil nach sich, der nach fruchtlos umlaufenem Muthungsjahr statt findet.

§. 12. Des Lehenedicts.

§. 8.

Ist das Muthungsjahr versäumt, und keine Nachsichtsbitte eingereicht worden, so gibt das Gesetz zur Wiederherstellung gegen die Versäumung der Muthung noch eine Frist von sechs Wochen von der Zeit der beseitigten Hinderniß an gerechnet. Im Laufe dieser Frist muß der Vasall seine Schuldigkeit durch Nachbringung der Muthung, oder nach Befund der Umstände durch Einreichung einer Fristverlängerungsbitte nachholen, und damit den Verdacht einer Gleichgültigkeit in Erfüllung seiner Lehenspflichten von sich ablehnen, auch durch Bescheinigung der obgewalteten Hindernisse, als da sind:

a) schuldlose Abwesenheit, die keine Stellvertretung zuließ,

b) Minderjährigkeit,

c) der Tod des Vasallen vor Ablauf des gesetzlichen Termines,

d) entschuldbare Unwissenheit von dem Veränderungsfalle,

e) Krankheit und andere ähnliche Hindernisse —

und durch die Bitte um Wiederherstellung seine Ehrerbietung gegen den Lehensherrn und seine Unschuld darlegen.

Die absichtliche Vernachlässigung des lehengesetzlichen Investiturerneuerungstermines setzt eine Verachtung des Lehensherrn voraus, und hat schon vermöge einer longobardischen Constitution des Kaisers Lothar II. (II. feud. 52. §. 3) die auch in das badische Lehenrecht übergegangen ist, den Lehensverlust zur unausbleiblichen Folge. Dagegen wird die schuldbare Versäumung nur mit einer willkührlichen, dem Grade der Schuld angemessenen Strafe belegt, welche höchstens die Hälfte eines mäßigen Anschlags des mittleren Jahresertrags des Lehens erreichen darf; die Wiederherstellung gegen die Versäumung unterliegt in diesem Falle sonst keinem Anstande.

§. 13 des Lehenedicts.

§. 9.

Hat der Vasall in Bezug auf die Zeit und Form der Muthung alle Vorschriften gehörig beobachtet, so ist er seiner Seits gegen jeden Rechtsnachtheil gesichert. Es schadet ihm daher auch nicht, wenn nach näherer Prüfung bei dem Lehenhof die eingereichte Muthung nicht für genügend gefunden wird, oder die Entschließung nicht erfolgt. Die wirkliche Lehensempfängniß mag noch so lange unterbleiben, der Vasall mag sogar darüber mit Tod abgehen, so kann dies seinen Lehenserben eben so wenig zum Nachtheile gereichen, als es ihnen schädlich sein würde, wenn der Vasall während der Muthungsfrist, ohne zu muthen, gestorben wäre, indem in diesem Falle dem Nachfolger ohne Rücksicht auf seinen Vorgänger eine neue Frist länft.

Ist dem Vasallen besonders daran gelegen, wirklich belehnt zu werden, so ist er berechtigt, in drei Monaten nach eingereichter Muthung sein Gesuch das erstemal, und nach weiteren drei Monaten zum zweiten und letztenmale in Erinnerung zu bringen, sofort — wenn nach der letzten Erinnerung abermals drei Monate umlaufen sind, und die Tagfahrt zur Lehensempfängniß noch nicht festgesetzt, oder nicht wenigstens ein Muthschein ertheilt worden sein sollte — den Lehenhof als Vertreter des Lehenherrn mit einer Provokation zur Geltendmachung seiner Anstände gegen die Anerkennung des Vasallen zum Lehen bei Vermeidung des ewigen Stillschweigens vor Gericht aufzufordern.

§. 14 des Lehenedicts.

§. 10.

Wenn nach eingereichter Muthung der Lehenhof den Bittsteller entweder gar nicht, oder erst nach vorheriger weiteren Aufklärung zur Lehensmuthung für berechtigt

Digitized by Google

hält, so erfolgt eine unbedingte oder bedingte Lehensversagung.

Die unbedingte Lehensversagung nöthigt den Vasallen zur Betretung des Rechtsweges. Dies hat innerhalb einem Jahre und dreißig Tagen vom Tage der Eröffnung des Dekrets an gerechnet, zu geschehen, widrigenfalls die Klage und jede Ansprache des Vasallen an das Lehen verjährt ist.

Die bedingte Lehensversagung verbindet den Vasallen, wo möglich zu erfüllen, was ihm darin auferlegt wird, gleichviel, ob er sich von der Rechtlichkeit der Auflage zu überzeugen vermag, oder nicht. Dabei ist ihm unbenommen dann, wann eine ungünstige Verfügung erfolgt, bei einer anzustellenden gerichtlichen Klage die Statthaftigkeit der bedingten Lehensversagung, ungeachtet der versuchten Befolgung, eben so, wie die Rechtmäßigkeit der nachgefolgten unbedingten Abweisung anzufechten.

§. 15 des Lehenedicts.

§. 11.

Hält der Lehenhof den muthenden Vasallen für lehensberechtigt, aber durch die von von ihm eingereichte Muthung noch nicht Alles erschöpft, was ihm über die persönlichen und dinglichen Verhältnisse der Lehensbesitzer zu wissen nöthig scheint, so kann er ihm durch eine schriftliche Weisung zur sogenannten Lehensfragenbeantwortung, d. h. zu einem unumwundenen, vollbeweisenden Bekenntnisse der Wahrheit jener Fragpunkte, welche ihm vorgelegt werden — auffordern. Diese Antwort auf vorherige Frage ist in der noch laufenden Muthungsfrist, oder in einer etwa erstreckten Frist unter dem Bedrohen abzugeben, daß sonst die Lehensmuthung als nicht eingebracht angesehen werde, und der Rechtsnachtheil der versäumten Muthungsfrist einzutreten habe.

Der Lehenhof kann so oft an den Vasallen Fragen stellen, als er zur Erläuterung für gut hält, und der Vasall ist verbunden, solche jedesmal ohne Weigerung zu beantworten. Nur in dem Falle, wenn der Lehenhof an den Vasallen Fragen stellen würde, welche mit dem Lehens- und Obereigenthumsverhältnisse in keinem Zusammenhange stehen — ist der Vasall zu deren Beantwortung nicht verpflichtet, vielmehr darf er dagegen eine Vorstellung einreichen, und wenn seine Remonstration kein Gehör finden sollte, sich mit einer Klage wegen erschwerter Belehnung an den Richter wenden.

Bei der Lehensfragenbeantwortung ist die wahrheitsgetreue Angabe eine Hauptobliegenheit des Vasallen, indem eine wissentliche Unwahrheit die Verwirkung des Lehens zur unausbleiblichen Folge hat.

§. 16 des Lehenedicts.

§. 12.

Wenn an der Lehensmuthung nichts weiter vermißt wird, so gehört es zu den Verbindlichkeiten des Lehensherrn, den Lehensruf zu ertheilen, d. h. einen bestimmten Tag zur Belehnung festzusetzen. Damit wird zugleich dem Vasallen ein Lehenrevers mit der Auflage zugefertigt, solchen zu unterzeichnen, und zu besiegeln, sofort am Tage der Lehensempfängniß zur Auswechselung gegen den Lehenbrief vorzulegen.

Sollte der Lehensherr auf irgend eine Weise verhindert sein, die Tagfahrt zur wirklichen Belehnung sogleich anzuberaumen, so muß dem Vasallen ein Muthschein, d. h. ein Zeugniß ausgestellt werden, daß er zur gehörigen Zeit die Belehnung nachgesucht habe, daß die von ihm eingereichte Lehensmuthung der Lehenherrschaft durchaus genüge, und der Tag der Belehnung demnächst festgesetzt werden solle. Dieser Muthschein dient dem Vasallen, beziehungsweise seiner ganzen Familie, zum Beweise der nachgesuchten Belehnung und Beseitigung aller Anstände, die ihm bei nicht nachgesuchter Belehnung etwa gemacht werden könnten, und hat die nämliche Wirkung, als wenn das Lehen schon empfangen worden wäre.

§. 17 des Lehenedicts.

(Schluß folgt.)

Druckfehler.

In Nr. 28 der Annalen d. J. pag. 207. Note 2 Zeile 7 von u. ist zu lesen: römischen Rechts statt Criminal-Rechts.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 31. Karlsruhe den 5. August 1843.

Ueber die Lehenserneuerung, insbesondere über die Lehensmuthung nach badischen Gesetzen.

(Schluß).

§. 13.

Die erneuerte Lehensempfängniß oder die Wiederbelehnung besteht in einer förmlichen Wiederholung der ersten Belehnung. Die Feierlichkeiten der Belehnung sind verschieden, je nachdem das Lehen ein Thronlehen, Fahnenlehen, oder ein Handlehen ist.

Die Thronlehen, d. h. solche Lehen, welche von dem Großherzog als Souverän ausgehen, werden entweder durch den Großherzog selbst vom Throne aus, oder durch einen außerordentlichen Stellvertreter desselben vergeben. Darunter sind alle hohen Lehen begriffen, die ein im Großherzogthum Baden, oder in andern deutschen Bundesstaaten mit Standesherrschaften angesessener Vasall zu empfangen hat. Der Thron besteht aus einem untern einem Thronhimmel auf mehreren Stufen erhöht stehenden Sitze, zu dessen Stufen ein freier Zutritt ist. Der Großherzog ist dabei mit einem Scepter oder Schwerte versehen, das der Vasall während der Gelobung berühren muß.

Zum Zeichen der Ehrerbietung wird von Seiten des Vasallen auch die Kniebeugung erfordert.

Die Fahnenlehen, d. h. solche Lehen, welche von einem Standesherrn des Großherzogthums ausgehen, werden entweder von dem Standesherrn selbst, oder seinem Stellvertreter ebenfalls feierlich ertheilt. Es gehören dahin alle Lehen, welche ein Standesherr von einem andern Standesherrn inne hat. Obgleich die Anordnung der Feierlichkeiten bei einer Belehnung von dem Willen des Lehensherrn abhängig ist, so dürfen dennoch die Standesherrn keine Feierlichkeiten wählen, welche als Symbole einer Souveränetät oder Staatsgewalt anerkannt sind, wie z. B. der Gebrauch eines Thrones.

Sie können sich übrigens, wenn sie wollen, eines unter einem Baldachin auf flachem Boden hinter einem Tische stehenden Sitzes, so wie einer mit ihrem Wappen geschmückten kleinen oder Gerichtsfahne zum Zeichen ihrer Gerichtsherrlichkeit bedienen.

Die Handlehen endlich sind solche, deren Belehnung einfach durch den Lehenhof geschieht. Der Lehenhofspräsident nimmt in Gegenwart des versammelten Lehenhofes dem Vasallen oder seinem Stellvertreter das Lehengelübde ab, sofort werden bei dieser, wie bei den beiden andern Lehengattungen die Lehenbriefe und Reverse gegen einander ausgewechselt (§ 12), und der Belehnungsakt ist vollendet.

Bei Thron- und Fahnenlehen kann die wirkliche Belehnung an jedem beliebigen Orte des lehensherrlichen Gebietes geschehen; bei Handlehen aber nur am Sitze des Lehenhofes. (§§ 6. 7. 8. 9 und 18 des Lehenedicts).

§. 14.

Die Taxen, welche bei jeder Lehenserneuerung entrichtet werden müssen, richten sich nach der Observanz in den Fällen, wo vor erschienenem Lehensedict vom 12. August 1807 bestimmte Taxen und Sporteln hergebracht waren. In allen andern Fällen, wo keine derartige Observanzen vorliegen, ist die erneuerte subsidiarische Tax-, Sportel-, Stempel- und Siegelordnung des Lehenhofs im Großherzogthum Baden vom 18. September 1817 resp. 8. Mai 1818 in Anwendung zu bringen.

§. 23 des Lehenedicts.

Verordnung vom 30. Mai 1815 (Regierungsblatt von demselben Jahre Nr. 11), weitere Verordnung

vom 8. Mai 1818 den künftigen Anſatz der Lehenstaren betreffend (Regierungsblatt von demſelben Jahre Nr. 12), landesherrliche Declaration vom 12. Dezember 1823. Die ſtaatsrechtlichen Verhältniſſe der fürſtlich fürſtenberg'ſchen Standesherrſchaft betreff. §. 84. (Regierungsblatt v. J. 1824. Nr. 1). Desgleichen vom 22. April 1824. Die Feſtſtellung des künftigen Rechtszuſtandes derjenigen Grundherrn des Großherzogthums, welche ſchon vor dem Preßburger Frieden, und dem darauf erfolgten rheiniſchen Bund zur Klaſſe des mit Gerichtsbarkeit auf ihren Beſitzungen landſäſſig geweſenen Adels gehörten; betreff. §. 18. (Regierungsblatt von demſelben Jahre Nr. 11).

§. 15.

Die Urkunde, welche über die Lehenserneuerung ausgeſtellt wird, (der Lehenbrief) muß enthalten:

a) den Namen und die Titulatur des Lehensherrn;

b) den Namen des Vaſallen;

c) die Descendenten deſſelben, und alle diejenigen Perſonen, welche auf das Lehen ein Erbfolgerecht haben, wie die Coinveſtirten oder Sammtbelehnten;

d) eine genaue Beſchreibung des Lehengegenſtandes, der Sache, welche zu Lehen verliehen wird, mit den dazu gehörigen Rechten, und falls ſich irgend eine Veränderung in den Beſtandtheilen des Lehens ergeben haben ſollte, die ausdrückliche Angabe der Veranlaſſung zu dieſer Veränderung;

e) die Eigenſchaft des Lehens, ob dasſelbe als Mann- oder Weiberlehen, als Frei-, Erb-, Burg-, adeliches oder unadeliches Lehen, u. ſ. w. verliehen werde;

f) die Veranlaſſung zur Lehenserneuerung;

g) die wirkliche Lehensverleihung;

h) das Verſprechen der Lehenstreue;

i) den Ort, wo der Lehenbrief ausgefertigt worden, nebſt dem Tage, Monate und Jahre, wenn die Ausfertigung geſchehen iſt; endlich:

k) das Siegel und die Unterſchrift des Lehensherrn.

§. 6. des Lehenedicts.

Dr. Löw.

II.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

Eidesleiſtung durch Gewalthaber.

In Sachen des W. gegen M. wegen Forderung wurde in der Klage vorgetragen: der Beklagte habe bei dem Kläger am 1. September 1841 ein Quantum Gußeiſen von 50 bis 100 Centner um den Preis von 3 fl. 30 kr. per Centner zahlbar in drei Monaten nach der Lieferung beſtellt. Darauf ſei die Lieferung mit 56 Centner 25 Pfund am 20. September 1841 geſchehen. Da Zahlung verweigert werde, ſo verlange Kläger die Verurtheilung des Beklagten zu der ſchuldigen Summe von 196 fl. 52 kr. nebſt dem Verzugszins von der Klagzuſtellung an.

Der Beklagte gab in ſeiner mündlichen Vernehmlaſſung zu Protokoll die Thatſachen der Klage alle zu, wendete jedoch ein, daß beim Vertragsabſchluß bedungen worden ſei: das Eiſen müſſe zum Gießen tauglich ſein, und Kläger müſſe ſolches wieder zurücknehmen, wenn der Beklagte es nicht zum Gießen brauchen könne; und wirklich habe ſich das Eiſen bei den von ihm vorgenommenen Proben dazu untauglich gezeigt, weßhalb er den Kaufpreis nicht ſchuldig zu ſein glaube, und dem Kläger anheimſtelle das Eiſen wieder zurückzunehmen. Noch anderes Unerhebliches in dem erſten Verfahren wird hier übergangen und nur noch bemerkt, daß der Kläger die vom Beklagten behauptete Bedingung ſo wie die Unbrauchbarkeit des Eiſens widerſprach.

Der Unterrichter legte dem Beklagten den Beweis der von ihm behaupteten Bedingung *) ſo wie der Unbrauchbarkeit des Eiſens zum Gießen auf.

*) Dieſe Beweisauflage war wohl nicht richtig. Wenn der Beklagte erklärte, nach dem Vertragsabſchluſſe habe er ſich zur Annahme des Eiſens unter den feſtgeſetzten Bedingungen nur inſofern verbindlich gemacht, als dasſelbe zum Gießen tauglich ſei, ſo hat er damit keine Einrede vorgeſchützt, ſondern nur einen Theil des Klaggrundes abgelängnet. Er läugnete nämlich den definitiven Abſchluß des Kaufs, und geſtand nur einen Kauf auf Probe (Landrechtſatz 1588), oder er läugnete wenigſtens, daß der Kauf in der vom Kläger behaupteten Weiſe zu Stand gekommen ſei, und geſtand nur einen Kaufsvertrag, der die Bedingung enthalte, daß das Eiſen zum Gießen taugen müſſe. Behauptet nun der Kläger einen unbedingteren oder ausgedehnteren Vertrag, als der Beklagte zugibt, ſo hat er das Zuſtandekommen desſelben als den Grund ſeiner Klage nach §. 400 der Proceßordnung auch zu be-

Digitized by Google

In der Beweisantretung wurde hinsichtlich des zweiten Theils der Beweisauflage eine Expertise vorgeschlagen, hinsichtlich des ersten Theils aber, nebst dem Zeugenbeweis, dem Kläger der Eid zugeschoben.

In der Vernehmlassung auf die Beweisantretung erklärte der Anwalt des Klägers bezüglich auf die Eideszuschiebung: der Eid werde angenommen, die Spezial-Vollmacht habe übrigens der Sohn des Klägers Namens L. in seinem Auftrag unterschrieben und zwar darum, weil derselbe überhaupt die Geschäfte seines Vaters führe und auch das fragliche Eisen an den Beklagten verkauft und abgeliefert und deßhalb den zugeschobenen Eid gemäß §. 611 der Proceßordnung zu schwören habe.

Der Unterrichter forderte hierauf den Beklagten zur Erklärung auf, ob er gegen die Ableistung des Eides durch den Sohn des Klägers etwas zu erinnern finde, und ob er zugebe, daß der in Frage stehende Handel durch diesen Sohn abgeschlossen worden sei, widrigenfalls die Behauptung des Klägers für zugestanden angenommen und nach Lage der Akten erkannt würde.

Damit entspann sich nun ein Zwischenstreit.

Die Erklärung des Anwalts des Beklagten darauf ging dahin: Er überlasse es dem richterlichen Ermessen, ob der deferirte Eid mit Bezug auf §. 118 und 572 der Proceßordnung durch den Sohn des Klägers, der weder im Weg der Intervention noch in Folge der Streitverkündung oder als Abzitat an dem Streite Theil genommen habe, ausgeschworen werden könne. Es sei eben so wenig in der Klage selbst behauptet worden, daß sein Sohn zur Abschließung des Handels in irgend einer Weise mitgewirkt habe; vielmehr habe nach der Klage der Kläger allein mit dem Beklagten den Kauf geschlossen. Er widerspreche deßhalb, daß der Abschluß des Vertrags durch den Sohn des Klägers geschehen sei.

Der Unterrichter trug hierauf in einfacher Verfügung dem Kläger den Beweis darüber auf, daß der fragliche Handel durch den Sohn des Klägers abgeschlossen worden, „widrigens nach Lage der Akten erkannt würde."

Der Anwalt des Klägers trat den ihm aufgegebenen Beweis an durch Zeugen und durch einen „Augenschein in der Art, daß der gedachte Sohn des Klägers sich persönlich bei dem Unterrichter stellen solle und dazu der Beklagte eingeladen werde, um zu erkennen, daß dessen Person es war, die mit ihm den fraglichen Handel abgeschlossen habe." Eventuell bediente der Anwalt sich noch der Eideszuschiebung an den Beklagten über die Identität der ihm vorgestellten Person mit derjenigen, die mit ihm gehandelt habe. Der beantragte Augenschein wurde vom Unterrichter verworfen, in Anbetracht, daß dieses Beweismittel die Ueberzeugung des Richters durch Sinnenanschauung bezwecke, hier aber der Beklagte den Augenschein einnehmen solle. In einer weitern Eingabe legte übrigens der klägersche Anwalt auch noch fürsorglich Spezialvollmacht des Klägers selbst über seine Annahme des ihm vom Beklagten über die Einrede zugeschobenen Eides vor.

Ueber die Annahme der Eideszuschiebung hinsichtlich der Mittelsperson des Sohnes des Klägers unter Bezug auf §. 612 der Proceßordnung zur Erklärung aufgefordert, gab der Anwalt des Beklagten zu vernehmen:

Er vertrete sein Gewissen mit Beweis, indem er sich auf die eigene Erklärung des Klägers in der Klage berufe, wornach Kläger selbst mit dem Beklagten contrahirt habe, der Eid folglich unstatthafterweise über das gerade Gegentheil des Vortrags (Geständnisses) des Klägers zugeschoben sei. Er halte den Beklagten überhaupt nicht für verbunden, diesen Eid auszuschwören, in dem nun vom Kläger nachgeschobenen Thatumstand liege eine Klagänderung. Dem Kläger fehle zur Zuschiebung des Eides die Aktivlegitimation. Er bitte deßhalb, den Kläger lediglich mit seiner Klage abzuweisen.

Hierauf erging nun folgender Beschluß:

„In Erwägung, daß es eine unzulässige Klagänderung ist, wenn der Beklagte erst in der Beweisinstanz behauptet, daß der Sohn des Klägers und nicht der Kläger selbst den fraglichen Handel abschloß; In Erwägung, daß erst jetzt die Klagänderung abgewiesen werden kann, weil der Beklagte erst jetzt erklärt hat, daß er auf den Klagnachtrag sich nicht vernehmen lassen wolle und auch eine förmliche Einlassung bis jetzt nicht vorliegt — wird der Klagnachtrag und daher die Eideszuschiebung an den Sohn des Klägers für unstatthaft erklärt und der klägersche Anwalt sofort aufgefordert, binnen ꝛc. Spezialvollmacht über die Annahme des Eides vom Kläger selbst vorzulegen."

---

weisen, und er kann vom Beklagten keinen Beweis fordern, daß kein unbedingter Vertrag zu Stand gekommen sei.

D. Red.

Auf die Bezugnahme des klägerischen Anwalts auf die schon früher aus freien Stücken von ihm vorgelegte Spezialvollmacht des Klägers selbst erging nun das Enderkenntniß, wie es aus Nachfolgendem ersichtlich ist.

In den Entscheidungsgründen wird bemerkt, daß das Zwischenverfahren wegen der Eidesleistung weiter nicht mehr zu berücksichtigen sei. —

Der Beklagte führte gegen das amtliche Erkenntniß die Berufung aus. In der Beschwerde behauptet er, daß der Kläger zur Erhebung der vorliegenden Klage nicht legitimirt sei und läugnet, daß derselbe den in der Klage beschriebenen Kauf abgeschlossen habe, woran das Begehren geknüpft wird, den Kläger lediglich abzuweisen.

In der mündlichen Schlußverhandlung gab der appellantische Anwalt dieses Begehren auf und beantragte, daß der im Erkenntniß enthaltene Eid dem Sohne des Klägers aufgetragen und darnach abgeändert werde. Der appellatische Anwalt erklärte sich damit ganz einverstanden, und knüpfte daran die Bemerkung, daß damit der Gegner gerade das zugebe, was ihm in erster Instanz und zwar mit Erfolg bestritten worden sei. Da aber einmal das auf Abweisung schlechthin gerichtete schriftliche Beschwerdebegehren vorliege, so müsse bei dessen Ungrund der Gegentheil jedenfalls die Kosten tragen.

Der Gerichtshof erließ hierauf folgendes

Urtheil.

„Der Bescheid des Stadtamtes Freiburg vom 10. November 1842 besagend:

„Würde der Kläger einen feierlichen Eid dahin ableisten: daß es nicht wahr sei, daß beim Abschluß fraglichen Vertrags zwischen ihm und dem Beklagten die Bedingung hinzugefügt wurde, daß das Eisen zum Gießen tauglich sein müsse, und daß er das Eisen wieder zurücknehmen müsse, wenn Beklagter dasselbe zum Gießen nicht brauchen könne, so sei Kläger schuldig, die eingeklagte Summe von 196 fl. 52 kr. nebst Zins zu 5 Proc. vom 3. Mai d. J. (Klagzustellung) an zu bezahlen, und die Kosten zu tragen.

Würde dagegen der Kläger diesen Eid zu leisten sich weigern, so würde derselbe mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten abgewiesen" — sei zu bestätigen und Beklagter Appellant in die Kosten dieser Instanz zu verfällen."

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß Beklagter den Klagvortrag zugestanden, nämlich als richtig zugegeben hat, daß er auf Bestellung vom Kläger 56 Centner 25 Pfund zu 3 fl. 30 kr. den Centner altes Gußeisen empfangen habe, und nur die Beschränkung beifügte, es sei bedungen worden, das Eisen müsse zum Gießen tauglich sein, und Kläger müsse dasselbe wieder zurücknehmen, wenn er Beklagter es nicht zum Gießen brauchen könne, und es sei zum Gießen unbrauchbar gewesen;

J. E., daß der Beklagte den ihm nach §. 401 der Proceßordnung obliegenden Beweis der Beschränkung seines Geständnisses außer dem mit Recht verworfenen (Landrechtsatz 1341) Zeugenbeweis blos durch Zuschiebung des Eides angetreten, und der Kläger diesen Eid angenommen, daß ferner der ernannte Sachverständige das Eisen als unbrauchbar zum Gießen erkannt hat;

J. E., daß die Behauptung des Beklagten Appellanten in die Appellationsbeschwerde, der Kläger sei zur erhobenen Klage nicht legitimirt, grundlos erscheint, weil Vollmachtgeber und Gewalthaber eine rechtliche Person bilden, und weil folglich auch die Bezeichnung eines Gewalthabers zur Ableistung des Eides keine Klagänderung, sondern gemäß §. 611 der Proceßordnung Sache des Vollzugs, und beziehungsweise der Ausschwörung ist, und deßhalb auch bei der wirklichen Ableistung noch auf die diesfallsigen Anträge der Parteien um so mehr Rücksicht genommen werden kann, als durch das Zwischenerkenntniß vom 4. November v. J. nicht über die Frage: ob der Sohn des Klägers als Gewalthaber desselben den zugeschobenen Eid leisten dürfe, aberkannt, sondern nur der „Klagnachtrag, und daher die (nicht einmal vorliegende) Eideszuschiebung an den Sohn" auf den Grund des §. 315 der Proceßordnung als unstatthaft erklärt worden ist;

J. E., daß hiernach und nach §. 379 der Proceßordnung und Landrechtsätze 1603. 1650. 1153 die Appellationsbeschwerde, welche schlechthin die Abweisung des Klägers verlangt, als unbegründet erscheint.

Aus diesen Gründen und nach §. 169 der Proceßordnung wegen der Kosten mußte, wie geschehen, erkannt werden." —

Digitized by Google

Der vorliegende Fall enthält Stoff zu mancherlei Betrachtungen. Ihrer besondern praktischen Wichtigkeit halber sollen hier einige Punkte einer nähern Prüfung unterzogen werden.

1) Fürs Erste muß ein Mißverständniß berührt werden. Das Zwischenerkenntniß verwirft „die Eideszuschiebung an den Sohn des Klägers" als unstatthaft, während doch keine solche vorliegt, sondern der Anwalt des Beklagten schlechthin dem Kläger den Eid deferirt und darüber auch Spezialvollmacht vorgelegt hat. Nur die Annahme geschah von Seite des Klägers auf seinen Sohn, als seinen Gewalthaber in dem streitig gewordenen Handel mit dem Beklagten. Ueber diese Annahme ist aber kein Erkenntniß ergangen. Wir werden unten (Ziff. 2) sehen, daß dies keineswegs unwichtig ist.

2) In der Sache selbst ist die Hauptfrage die, ob die Bezeichnung des Sohns L. als Gewalthabers zur Ableistung des Eides von Seite des Klägers in dem Beweisverfahren eine Klagänderung und somit das ganze thatsächliche Vorbringen und das darauf gebaute Anerbieten der Eidesleistung durch den Sohn unstatthaft sei, wie der Anwalt des Beklagten und mit ihm der Unterrichter angenommen hat. Die Vergleichung der Thatsache mit den einzelnen Fällen, die im §. 345 der Proceßordnung aufgezählt sind, ergibt das Gegentheil und damit die Rechtfertigung der hofgerichtlichen Entscheidung. Ob der Herr selbst oder sein Gewalthaber, Commis ꝛc. für ihn den Vertrag abgeschlossen habe, ändert an dem Rechte des erstern gegen den dritten, mit welchem kontrahirt wurde, nicht das Geringste. Der Gewaltgeber hat eine Klage gegen den Dritten, aus allen von seinen — mit ihm nur eine rechtliche Person darstellenden — Gewalthabern innerhalb der Grenzen der Vollmacht abgeschlossenen Geschäften, Zachariä, Handbuch Band II. §. 415; und weil dies keinen wesentlichen Unterschied begründet, so ist es auch nicht nothwendig, daß der Gewaltgeber in der Klage, Einrede ꝛc. jedesmal angebe, daß der Gewalthaber X., O. oder Z. die Person sei, durch welche das Geschäft vermittelt wurde, obschon dies angegeben werden kann, und ein deßfallsiger Mangel etwa der Anwendung des §. 344 bei ganz strenger Auslegung des §. 247 der Proceßordnung Raum geben mag. Man hat sich im täglichen Verkehr, wie in dem gerichtlichen Verfahren an diese Behandlungsart so gewöhnt, daß man in solchen Fällen regelmäßig blos den Geschäftsherrn, z. B. das Haus, für welches das Geschäft geschlossen wurde, benennt, keineswegs aber auch zugleich den Gewalthaber, Reisenden ꝛc.

An diese Vorstellungsweise, die den landrechtlichen Bestimmungen ebenso wie dem Leben entspricht, hat sich auch die Proceßordnung angeschlossen, wie dies aus dem §. 611 derselben und seiner Stellung deutlich hervorgeht. Darnach dachte sich der Gesetzgeber unverkennbar die Erörterung der Frage, durch wen der Eid abzuleisten sei, an einen andern Ort, als in das Verfahren vor dem Enderkenntniß oder gar, wie im vorliegenden Fall, rücksichtlich des thatsächlichen Stoffs wenigstens gefordert wurde, in das erste Verfahren. Nachdem er die Vorschriften über die Eideszuschiebung, Annahme, Festsetzung der Formel und das Erkenntniß auf den Eid gegeben hat, beschäftigt er sich erst in den §. 609 ff. mit der uns vorliegenden Frage. Bei der vorausgehenden Anordnung über die Erörterung den Eid betreffender Zwischenfragen in §. 581 erwähnt er mit keiner Sylbe dieses Punktes *). Alles dies sind, wie ich glaube, schlagende Belege dafür, daß er demselben seine Stelle nach dem Endurtheil, da wo es darauf auch erst ankommt, in natürlicher Consequenz angewiesen hat. Es spricht dafür auch der ganz vernünftige Grund, daß es in sehr vielen Fällen auf den häufig nur mit andern Beweismitteln eventuell zugeschobenen Eid beim Enderkenntniß gar nicht ankommt, eine Erörterung der in §. 611 ff. berührten Frage daher in allen diesen Fällen zwecklos wäre.

Es läßt sich für diese Ansicht auch noch die Analogie des Notheids anführen, bei welchem die Erörterung dieses Punktes vor dem Endurtheil kaum denkbar ist. (?)

Wenn man nun auch nicht gerade die absolute Unstatthaftigkeit der Erörterung dieses Punktes vor dem Urtheil behaupten, sondern bei dem — durch das Vorangehende gewiß mindestens gerechtfertigten — Satze stehen bleiben will, daß sie der Regel nach zum Vollzug des Schwurakts gehöre; so ist damit, wie ich glaube,

*) Wäre nicht die Formel des §. 35 der E. O. durch die Proceßordnung insbesondere den §. 574 als abgeschafft anzusehen, dann möchte vielleicht wohl auch dieser Punkt zu der im §. 581 erwähnten Verhandlung gehören. Zentner.

Digitized by Google

unumstößlich dargethan, daß in dem Vorbringen der Thatsache eine Klagänderung nicht enthalten sein könne.

Daraus lassen sich nun bezüglich auf den vorliegenden Fall nachstehende Folgerungen ableiten:

a) daß die Thatsache hinsichtlich des Gewalthabers keinenfalls aus dem Grunde einer unstatthaften Klagänderung zurückgewiesen werden dürfte, sondern sofern man ausnahmsweise das Vorbringen und die Erörterung des Punktes schon vor dem Urtheil gestattet, als bloße Vervollständigung des thatsächlichen Vortrags der Klage hätte angenommen werden sollen. §§. 344 und 345 der Proceßordnung;

b) daß durch die geschehene Zurückweisung auf den Grund des §. 345 der Proceßordnung jedenfalls nur eine Verwerfung im Sinne des §. 359 der Proceßordnung, der hier analog anwendbar ist, ausgesprochen, und schon hierwegen über die Frage: ob der Kläger (Delat) den Eid durch seinen Sohn als Gewalthaber ableisten lassen dürfe, durch das ergangene Zwischenerkenntniß noch nicht aberkannt ist, auch abgesehen von dem schon oben unter 1 berührten weitern Grunde, daß somit

c) auch dem diesfallsigen Antrage des Klägers, wenn es zur Leistung des Eides kommen soll, so wie einer etwaigen Erörterung darüber jenes Erkenntniß (gegen welches keine Beschwerde aufgestellt wurde) nicht entgegengehalten werden kann. —

Hiernach hätte sich die Erklärung des klägerschen Anwalts auf die Eideszuschiebung nicht nur ohne Gefahr, sondern selbst der Intention des Gesetzgebers gemäß auf die einfache Annahme des Eides mit Vorlage einer Spezialvollmacht des Klägers beschränken und das Weitere bis zur wirklichen Ableistung des Eides verspart werden können; denn Inhalt und Fassung der §§. 567. 571. 581 und 584 der Proceßordnung zeigen deutlich, daß von der Partei die Annahme wie die Zuschiebung des Eides auszugehen hat. Nach dem, wie sich unser Fall durch die letztere Erklärung der Anwälte in zweiter Instanz gestaltet hat, wäre alsdann dieser Streitpunkt und der ganze weitläufige Zwischenstreit darüber wahrscheinlich gar nicht vorgekommen. Daß aber auch alsdann beim Widerspruch, daß der zur Eidesleistung vorgeschlagene Gewalthaber X das Geschäft abgeschlossen habe, der Kläger diese Thatsache hätte beweisen müssen, so wie er überhaupt alles beweisen muß, womit er seinem Anspruch die Anerkennung durch den Richter verschaffen will, bedarf keiner weitern Darlegung. Nur ist ein Augenschein, wie der vor dem Unterrichter beantragte, kein geeignetes Beweismittel. Der Augenschein wird (zur Ueberzeugung des Richters) am Streitgegenstand vorgenommen, nicht an Personen, und ein Produktionsverfahren kennt die Proceßordnung nur bezüglich auf Urkunden. Hat die Gegenpartei einmal den Vertragsabschiuß mit einem genannten Gewalthaber widersprochen, so kommt darauf nichts an, wie der Gewalthaber aussehe.

3) Aus vorstehender Nachweisung folgt ferner, daß der vom frühern Anwalte des Beklagten angeregte Zweifel, ob eine solche Vorschiebung des Gewalthabers zur Eidesleistung ohne eine förmliche Beitretung zum Streit im Weg der Intervention ꝛc. und dessen Berufung auf die §§. 572 und 118 der Proceßordnung grundlos ist, auch abgesehen davon, daß der Fall der Zuschiebung (§. 572) des Eides, wie gezeigt, hier nicht vorliegt. Der Sohn ist kein dritter, er erscheint Namens seines Vaters und Gewaltgebers. Sofern ein Gewalthaber diesem Geschäfte sich nicht unterziehen wollte, wäre allerdings Grund zur Anwendung des §. 118 der Proceßordnung vorhanden; wo aber wie hier der Gewalthaber sich freiwillig zur Ableistung des Eides erbietet, bedarf es keiner Adzitation, sondern einfach der Anwendung des §. 611 der Proceßordnung und ff.

4) Endlich veranlaßt die seltsame Lage, in welche dieser Streit durch die Erklärung der Anwälte am Schlusse der mündlichen Verhandlung kam, und die Wahrnehmung, daß die schriftlichen Vorträge oft von den Anwälten sorgloser als die mündlichen behandelt werden, noch zu der Hinweisung auf die Nothwendigkeit, daß auf die Schriftsätze und besonders die Anträge in denselben die größte Sorgfalt verwendet werde, da sie für die Parteien und den Richter bindend sind und davon abweichende mündliche Anträge und Bemerkungen der Anwälte in der nur zu Ausführung bestimmten Verhandlung nach dem System und Geist unseres Proceßgesetzes nicht berücksichtigt werden können. Nicht immer ist es wie hier thunlich, durch Fingerzeige in den Entscheidungsgründen nachzuhelfen, und auf diese Weise noch möglich zu machen, was die Proceßlage durch Abänderung des Erkenntnisses zu bewirken verbietet. Darauf sich zu verlassen wäre jedenfalls bedenklich. Zentner.

Digitized by Google

III.

Ueber Bürgerannahme der Juden.

In Nr. 27 dieſer Blätter wird beſtritten

1) daß die Kinder jüdiſcher Gemeindebürger angebornes Gemeindebürgerrecht haben,
2) daß ein inländiſcher Jude, dem das Gemeindebürgerrecht nicht angeboren iſt, ein Recht auf deſſen Erlangung habe, wenn er auch den geſetzlichen Erforderniſſen Genüge leiſtet.

Beide Fragen kommen täglich in der Praxis vor, deren Löſung iſt daher von großem praktiſchen Intereſſe, und es dürfte deßhalb keiner Entſchuldigung bedürfen, wenn der Verfaſſer des Aufſatzes in Nr. 33 der Annalen des Jahrgangs 1842 ſeine Anſicht gegen die vorgebrachten Einwürfe zu vertheidigen ſucht. Hierbei muß ich zuvörderſt auf den Satz zurückkommen, daß ein aus Gnade verliehenes Recht nicht ſchon darum beſchränkten Umfangs iſt, weil es aus perſönlichen Rückſichten verliehen wurde, man müßte denn annehmen, daß der Adel, der doch wohl auch nur aus perſönlichen Rückſichten verliehen wird, nicht auf die Kinder übergehe, oder daß das Indigenat, welches ebenfalls nur aus Gnade verliehen wird, auf die Perſon des damit Betrauten beſchränkt ſei; man müßte ferner annehmen, daß jede Schenkung nicht auf die Erben übergehe, weil der Schenkende nur aus Rückſicht für die Perſon des Beſchenkten die Schenkung gemacht habe; man müßte endlich annehmen, daß keinem inländiſchen Juden das Staatsbürgerrecht angeboren ſei, weil man nicht in Abrede ziehen kann, daß auch die Verleihung des Staatsbürgerrechts an die Juden von Seiten des Regenten ein reiner Gnadenakt war. Will man dieſe und ähnliche Conſequenzen *nicht* gelten laſſen, ſo muß man nothwendig zu dem allein juriſtiſchen Princip zurückkehren, daß jedes Recht den im Geſetz beſtimmten Umfang hat, ohne Unterſchied, ob es gegen ein Entgeld oder unentgeldlich erworben wurde; ein Prinzip, das wenigſtens bei den Rechtslehrern nie beanſtandet wurde. In der Praxis hat man nach dem Zeugniß des verſtorbenen Miniſter *Winter*, das er bei der Debatte in der Kammerſitzung vom Jahr 1831 gab, nie daran gezweifelt, daß den Kindern jüdiſcher Gemeindebürger das Gemeindebürgerrecht angeboren ſei. Damit ſtimmen auch die bereits angeführten Geſetzesſtellen, welche, wenn auch nur nebenbei, von einem angebornen Gemeindebürgerrecht der Juden ſprechen, überein. Uebrigens ſcheint der Verfaſſer des Aufſatzes in Nr. 27 überſehen zu haben, daß zum Antritt des angebornen Bürgerrechts ebenfalls die Nachweiſung eines Nahrungszweigs nothwendig iſt, und daß nach dem Edikt vom Jahr 1809, ſo wie nach der landesherrlichen Verordnung vom Jahr 1812, Juden, die kein ordentliches Gewerbe treiben, nicht einmal zu dem Antritt des Schutzbürgerrechts zugelaſſen werden ſollen. Wenn daher auch der Geſetzgeber den Kindern jüdiſcher Gemeindebürger ein Recht auf Annahme ertheilt hat, ſo trug er doch zugleich Sorge, daß daraus kein Mißbrauch erwachſe.

Was nun die zweite Frage betrifft, ſo ſtützt ſich die gegentheilige Meinung lediglich auf die angeführte Stelle des 6ten Conſtitutionsedikts. Meiner Anſicht nach hat dieſe aber nur eine tranſitoriſche Bedeutung, welche deutlich durch die Worte „gleich jetzt" ausgedrückt iſt. Da der Regent ſechs Monate ſpäter ein umfaſſendes Geſetz über denſelben Gegenſtand erlaſſen hat, ſo hat eben damit die Bedeutung jener tranſitoriſchen Beſtimmung aufgehört. Von nun an war die Ertheilung des Gemeindebürgerrechts nicht mehr eine dem Regenten vorbehaltene Gnade, ſondern eine den Staatsbehörden nach Maaßgabe des Geſetzes zuſtehende Befugniß. Das Edikt vom 13. Januar 1809 hat offenbar die Beſtimmung, einen geſetzlichen Zuſtand an die Stelle der Willkühr zu ſetzen, und den bisher Rechtloſen Rechte zu verleihen, zugleich aber die Bedingungen, an welche die Ausübung derſelben geknüpft iſt, feſtzuſtellen. Welchen vernünftigen Sinn kann aber dieſes Geſetz haben, wenn wir unterſtellen, es hänge die Bewilligung des Gemeindebürgerrechts von der *Gnade* der Behörden ab? Wozu denn die genaue Beſtimmung der geſetzlichen Erforderniſſe?

Was ſollen die Worte in Art. 22:

> Diejenigen, welche über 21 Jahr alt ſind, haben gleich den chriſtlichen Eingebornen das *Recht*, das Schutzbürgerrecht, oder je nach Befähigung das Gemeindebürgerrecht nachzuſuchen ꝛc.

für eine Bedeutung haben? Darf man nach den geſetzlichen Regeln der Auslegung annehmen, der Geſetzgeber habe damit ſagen wollen, jene Perſonen haben ein Recht der Bitte, und ſogar dieſes Recht nur unter gewiſſen Vorausſetzungen? Muß nicht jedes Geſetz ſo verſtanden

Digitized by Google

werden, wie es einen vernünftigen Sinn hat? Wer wird aber bei dieſer Auslegung noch einen vernünftigen Sinn in Art. 22 finden können?

Mit dem Geiſte des Edikts vom 13. Januar 1809 wie mit ſeinem Wortlaute iſt das Beſtehen der angeführten Stelle des 6ten Conſtitutionsedikts ſchlechterdings unverträglich. Das andere Geſetz derogirt daher dem ältern, das ohnedies ſich nur als tranſitoriſch ankündigte. Dieſe Anſicht wird beſtätigt durch die Verordnung vom 4. Mai 1812. Dort heißt es in Art. 3:

> Die Bürgerannahme-Geſuche der übrigen (noch nicht 21 Jahr alten) Juden ſind lediglich nach den in dem Bürgergeſetz enthaltenen allgemeinen und den in dem 6ten Conſtitutionsedikt §. 19 und in dem Edikt vom 13. Januar 1809 vorgeſchriebenen beſondern Erforderniſſen zu erledigen.

Die Behörden ſind hier angewieſen, je nach dem Vorhandenſein der Erforderniſſe die Geſuche zu verbeſcheiden. Sie können daher nicht da, wo die geſetzlichen Erforderniſſe vorhanden ſind, abweiſen, oder da, wo ſie nicht vorhanden ſind, bewilligen; ihre Pflicht iſt vielmehr die Geſuche, je nach Befund der über das Vorhandenſein der geſetzlichen Bedingungen angeſtellten Prüfung zu erledigen. Man wendet mir aber ein, gerade in dieſer Stelle ſei §. 19 des 6ten Conſtitutionsedikts wiederholt angeführt, woraus hervorgehe, daß er nicht aufgehoben, ſondern fortwährend in Geltung ſei. Ich habe aber nirgends behauptet, daß der ganze §. 19 aufgehoben ſei, vielmehr bezog ſich meine Behauptung nur auf eine Stelle dieſes Paragraphen, worin geſagt iſt, der Regent behalte Sich vor, jetzt ſchon das Gemeindebürgerrecht an einzelne Iſraeliten zu ertheilen. Dieſer meiner Anſicht ſteht der Art. 3 der Verordnung vom Jahr 1812 nicht im Wege, da hier nur auf die in §. 19 enthaltenen beſondern Erforderniſſe Bezug genommen wird.

Der Verfaſſer des Artikels in Nr. 27 dieſer Blätter hat den Art. 3 der angeführten Verordnung in einer veränderten Faſſung, und zwar ſo wieder gegeben, als ſei §. 19 des 6ten Conſtitutionsedikts, ſeinem ganzen Inhalt nach, darin beſtätigt. Unter dieſer Vorausſetzung konnte er wohl ſagen, es ſei nicht zweifelhaft, daß einem inländiſchen Juden kein Recht auf Annahme zuſtehe. Wer aber die officielle Wortfaſſung vor Augen hat, wird bald erkennen, daß darin nicht die fernere Geltung der angefochtenen Stelle des 6ten Conſtitutionsedikts ausgeſprochen, vielmehr nur das dort genannte Erforderniß (der Ortsreligion) als für die Zukunft neben den allgemeinen Requiſiten geltend aufgeſtellt wird. Wenn demnach

1) der angefochtene Theil des §. 19 des 6ten Conſtitutions-Edikts, ſchon ſeinem Inhalte nach, nur als tranſitoriſches Geſetz gelten kann,
2) der Geiſt und Wortlaut des Edikts vom 13. Januar 1809 mit demſelben in Widerſpruch ſteht, und darum als ſpäteres Geſetz demſelben derogirt,
3) die Verordnung vom 4. Mai 1812 die Behörden anweiſt, die Annahme-Geſuche je nach dem Vorhandenſeyn der im Geſetz genau beſtimmten Erforderniſſe zu verbeſcheiden,

ſo kann man heute nicht mehr ſagen, die Entſcheidung über ſolche Annahme-Geſuche hänge lediglich von der Gnade der Behörden ab. Wenn gleichwohl das Großherzogliche Miniſterium des Innern eine ſolche Entſcheidung gegeben hat, ſo hat es, wie mir ſcheint, ſowohl gegen das Geſetz wie auch gegen ſeine eigenen ältern Entſcheidungen verſtoßen. Auch hat ein Mitglied des Miniſteriums in den jüngſt erſchienenen Erläuterungen der Gemeindegeſetze (S. 189 Nota 4) ſich für die hier vertheidigte Anſicht erklärt. Dieſe dürfte endlich eine weſentliche Unterſtützung in der Verfaſſungsurkunde finden. Daſelbſt heißt es in §. 7:

> Die ſtaatsbürgerlichen Rechte der Badner ſind gleich in jeder Hinſicht, wo die Verfaſſung nicht namentlich und ausdrücklich eine Ausnahme begründet.

Das Recht auf Annahme als Gemeindebürger iſt wohl unzweifelhaft ein ſtaatsbürgerliches Recht, ſowohl ſeiner Natur nach, weil nur der Staatsbürger ein Recht dazu hat, wie auch nach dem Wortlaut des Art. 7 des 6ten Conſtitutions-Edikts. Hier iſt nämlich unter den Vorrechten des Staatsbürgers aufgezählt: die Treibung des Handels und der Gewerbe, und das Recht durch Heirath eine eigene Familie zu gründen.

Die Ausübung dieſer Rechte iſt durch die Bürgerannahme bedingt, daher jeder Staatsbürger ein Recht, dieſe zu erlangen, haben muß. Iſt nun hergeſtellt, daß dieſes Recht zu den ſtaatsbürgerlichen Rechten gehört, ſo muß es nach dem obigen §. 7 der Verfaſſungsurkunde allen Badnern, mithin auch den Juden, in gleicher Weiſe wie den Chriſten zuſtehen, wenn die Verfaſſungsurkunde nicht eine namentliche und ausdrückliche Ausnahme enthält. Dergleichen iſt aber nicht zu finden — die Folgerung ergiebt ſich daraus von ſelbſt. Meine Anſicht iſt hiernach dieſe:

1) Die angeführte Stelle des 6ten Conſtitutions-Edikts enthält eine tranſitoriſche Beſtimmung;
2) Dieſe iſt aufgehoben durch das Edikt vom 13. Januar 1809 und durch die landesherrliche Verordnung vom 4. Mai 1812.
3) Die Verfaſſungsurkunde hat in §. 7 die Gleichſtellung in allen ſtaatsbürgerlichen Rechten, mithin auch in dem Recht auf Bürgerannahme ausgeſprochen.

Dr. Ladenburg.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 32. Karlsruhe den 12. August 1843.

I.

Oberhofgericht.

Verschiedene Fragen aus dem Zehntablösungsgesetze, und über die Gültigkeit eines Gemeindebeschlusses.

Der Gemeinderath und Bürgerausschuß zu Oeschelbronn schlossen Namens der dortigen Gemeinde, ohne diese jedoch darüber vorerst zu hören, mit der Pfarrei daselbst als Inhaberin eines Theils des Zehntens einen Zehntablösungsvertrag ab, und legten ihn hintennach, den 30. Juni 1837 der Gemeindeversammlung zur Bestätigung vor, welche auch erfolgte. Die Oberkirchenbehörde genehmigte den Vertrag Namens der Pfarrei, die Finanzbehörde verweigerte aber die Genehmigung, worauf der Gemeinderath und Ausschuß der Oberkirchenbehörde am 30. April 1839 von neuem erklärten, daß die Gemeinde bei der bereits ertheilten Genehmigung demohngeachtet beharre.

Später wollte aber gleichwohl die Gemeinde den Vertrag nicht mehr halten, wodurch die Pfarrei zur Klage gegen dieselbe veranlaßt wurde.

Gegen diese Klage wendete die Gemeinde ein, der Vertrag sei ungiltig:

a. weil der Gemeinderath und Ausschuß den Vertrag unterhandelten, ehe die Gemeinde beschlossen hatte, daß sie die Ablösung vermitteln wolle, wie das Gesetz es vorschreibe;

b. weil auch die Gemeinde bei der nachträglichen Genehmigung vom 30. Juni 1837 nicht die Absicht hatte und nicht ausdrücklich erklärte, die Ablösung selbst *vermitteln* zu wollen;

c. weil der Gemeindebeschluß vom 30. Juni 1837 nichtig sei

1) wegen zu später Einladung der Bürger zur Gemeindeversammlung,

2) und wegen Unvollzähligkeit der Versammlung;

d. weil die Zustimmung der Finanzbehörde bei der Genehmigung des Vertrags durch die Gemeinde vorbehalten wurde und nicht erfolgte, der Gemeinderath und Ausschuß also nicht erklären konnten, daß die Gemeinde gleichwohl am Vertrage festhalte, so wie auch

e. weil nach dem Art. 6 der Verordnung vom 27. Febr. 1834 Ablösungsverträge der Kirchen und Stiftungen jedenfalls nur unter Kommunikation mit der Finanzbehörde und mit wirklicher oder vorbehaltener Genehmigung derselben abgeschlossen werden können.

Der nähere thatsächliche Verhalt, auf den sich diese Einwendungen stützen, ist aus den unten folgenden oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ersichtlich.

Die Einwendungen wurden nämlich durch alle drei Instanzen verworfen, und die Gemeinde zum Vollzuge des Vertrags verurtheilt.

Die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 22. Juni 1843 lauten, wie folgt:

„Die klagende Pfarrei Oeschelbronn verlangt den Vollzug eines zwischen ihr und dem Gemeinderath und Bürgerausschuß der beklagten Gemeinde Oeschelbronn resp. dieser Gemeinde am 30. Juni 1837 über die Ablösung des der Pfarrei, auf dortiger Gemarkung zustehenden Zehnten zu Stande gekommenen Vertrags, und bittet demgemäß, die beklagte Gemeinde vorbehaltlich ihrer Rückgrifferechte gegen die Zehntpflichtigen der Gemarkung anzuhalten, die am 1. Januar 1840 verfallene jährliche Zehntrente von 1450 fl. nebst Verzugszinsen vom Verfalltage an zu zahlen, so wie die bis zur Entscheidung des Rechtsstreits verfallenden weiteren Zehntrenten zu ent-

Digitized by Google

richten. Die beklagte Gemeinde weigert sich der Festhaltung des gedachten Vertrags, sie wurde jedoch in den vordern Instanzen mit Recht zu Erfüllung desselben verurtheilt."

„Es läßt sich zwar nicht bestreiten, daß der Vertrag vom 30. Juni 1837 nicht genau in den Formen abgeschlossen worden ist, wie sie das Zehntablösungsgesetz für den Fall, wo wie hier die Gemeinde die Ablösung vermittelt, vorschreibt.

In Fällen dieser Art soll nämlich dem eigentlichen Ablösungsverfahren die Abhaltung einer Gemeindeversammlung vorangehen, und durch diese entschieden werden, ob sie die Ablösung verlange, wonach dann im bejahenden Falle der Gemeinderath das Weitere für sie zu besorgen haben soll (§§. 48. 49). Ist es zwischen diesem und dem Zehntberechtigten zu einer Uebereinkunft gekommen, und die Finanzbehörde von dem Inhalte derselben unterrichtet, so soll dann die Befugniß zur Ertheilung der Genehmigung jener Uebereinkunft, die Finanzbehörde mag derselben beigestimmt, oder in Ansehung ihres Betreffnisses richterliche Entscheidung begehrt, oder sich in der gesetzlichen Frist nicht erklärt haben, dem Gemeinderath und Bürgerausschuß zustehen (§§. 53. 55)."

„Statt dieses Verfahrens wurde im vorliegenden Falle vor der Einholung einer Entscheidung der Gemeindeversammlung zwischen der Zehntberechtigten Klägerin einerseits, und zwischen dem Gemeinderath und Bürgerausschuß anderseits der Zehntablösungsvertrag verabredet und aufgenommen, hierauf erst die Gemeinde versammelt, und nachdem diese den Vertrag genehmigt, derselbe aber die Zustimmung der Finanzbehörde, welcher er vorschriftsmäßig mitgetheilt worden war, nicht erhalten hatte, am 30. April 1839 der vorgesetzten Oberbehörde der klagenden Pfarrei von dem Gemeinderath und Bürgerausschuß erklärt, daß, ungeachtet der Nichtzustimmung der Finanzbehörde, die Gemeinde dennoch auf dem Vollzug des Vertrags beſtehe, und dieſelbe in Anſehung der ſie treffenden ⅘ der Ablöſungsſumme die bereits ertheilte Genehmigung wiederhole."

„Abgesehen von den nachher zu erörternden, nicht die Reihenfolge der vom Gesetz vorgeschriebenen Acte betreffenden, weitern Fragen, ist es wohl nicht zu bestreiten, daß durch das von den Interessenten eingehaltene Verfahren diejenigen Zwecke erreicht wurden, welche das Zehntablösungsgesetz sich vorgesteckt hat. Nur hierauf kann es aber hier ankommen, da dieses Gesetz die Nichteinhaltung der von ihm vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht mit der Nichtigkeit des Geschäfts bedroht hat, Landrechtsatz 6 k."

„Das Gesetz will gemäß der oben angeführten Bestimmungen, daß wo eine Gemeinde die an die Vermittlung der Zehntablösung geknüpften Verbindlichkeiten übernehmen soll, die Gemeindeversammlung ausspreche, ob sich die Gemeinde diesen Verbindlichkeiten unterziehe oder nicht; die Unterhandlung des Vertrags weißt es dem Gemeinderath, und die Genehmigung desselben dem Gemeinderath und Bürgerausschuß zu."

„Der Vertragsunterhandlung soll nun zwar die Entscheidung der Frage, ob überhaupt abgelöst werden solle, nach der Intention des Gesetzes vorangehen, und es hat diese Bestimmung unverkennbar die Zweckmäßigkeit in so ferne für sich, als durch sie die Gefahr, das in der Regel sehr weitläufige Geschäft der Ablösungsberechnungen in vielen Fällen vergeblich gefertigt zu haben, vermieden wird, indem es sich nämlich bei dem entgegengesetzten Verfahren häufig zeigen könnte, daß, nachdem jenes Geschäft vollendet ist, hintendrein die Gemeindeversammlung beschließen würde, die Ablösung gar nicht begehren zu wollen."

„Ein fernerer Grund der Zweckmäßigkeit des von dem Zehntgesetz in diesen Punkten vorgeschriebenen Verfahrens liegt darin, daß es bei der Einhaltung seiner Vorschriften nicht nöthig ist, der ganzen versammelten Gemeinde, die oft weitläufigen und verwickelten Berechnungen über die gefundene Ablösungssumme, die ihr zum Grunde liegenden urkundlichen Nachweise über den Zehntbetrag in den Durchschnittsjahren, die vorgenommenen Schätzungen u. dergl. vorzulegen und zu erläutern, zu deren Beurtheilung wohl viele Gemeindeglieder die nöthige Fähigkeit nicht hätten, und woran daher leicht ein der Gemeinde beziehungsweise den Zehntpflichtigen ganz günstiges Operat scheitern könnte, und wozu auch abgesehen von diesem Bedenken, jedenfalls ein für eine Gemeindeversammlung allzu großer Zeitaufwand erforderlich sein würde."

„Hat aber auch der Gesetzgeber aus diesen und ähnlichen Gründen zu verordnen für gut gefunden, daß die Entschließung über die Ablösung den Unterhandlungen

mit dem Zehntberechtigten vorangehe, und daß von dem Ergebniß der letztern der versammelten Gemeinde keine Vorlage mehr gemacht werde, so liegt wohl darin, daß mehr, als gesetzlich angeordnet ward, geschehen ist, daß nämlich, nachdem der Gemeinderath und Bürgerausschuß auf die Gefahr hin, daß die Gemeindeversammlung die Vermittlung der Ablösung ganz ablehnen, den Vertrag unterhandelt und entworfen hatte, die Gemeinde erst zusammenberufen, und von ihr nun nicht blos beschlossen ward, den Zehnten abzulösen, sie vielmehr zugleich auch den bereits verabredeten Vertrag genehmigte — offenbar kein Grund, den letztern wegen Nichteinhaltung der Vorschriften für das Ablösungsverfahren anzufechten."

„Es wird indessen geläugnet, daß die beklagte Gemeinde die Vermittlung der Zehntablösung übernommen habe, und behauptet, bei der Gemeindeversammlung habe man sich in dem Glauben befunden, daß nicht die Gemeinde als solche, sondern die Zehntpflichtigen Güterbesitzer, die in dem Vertrag enthaltenen Verbindlichkeiten auf sich zu nehmen hätten. Aus der anerkannten Vertragsurkunde vom 30. Juni 1837, und aus der gleichfalls anerkannten Eingabe des Gemeinderaths und Bürgerausschusses an die Oberkirchenbehörde vom 30. April 1839 in Vergleichung mit §. 48 des Zehntablösungsgesetzes ergibt sich jedoch, daß die Beklagte die Vermittlung allerdings übernommen hat."

„Nach §. 48 ist nämlich die Gemeindeversammlung nicht darüber zu befragen, ob sie die Zehntablösung „vermitteln" wolle, sondern nur darüber, ob sie nicht geneigt sei, die Ablösung des in Frage stehenden Zehntens zu verlangen. Die Bejahung dieser Frage ist es, was das Gesetz Vermittlung der Gemeinde nennt. (§. 53). Der von der Gemeindeversammlung genehmigte Vertrag vom 30. Juni 1837 bezeichnet nun die Gemeinde als Mitcontrahentin des Zehntberechtigten, sie ist als Käuferin des Zehnten genannt, und übernahm die Entrichtung des Ablösungskapitals; ihr Organ, (Gemeinderath und Bürgerausschuß) hatte den Vertrag unterhandelt, sie ließ durch das nämliche Organ die Erklärung vom 30. April 1839 abgeben, wornach sie auf dem Vollzug des Vertrags bestand. Die Gemeindeversammlung konnte hiernach und besonders mit Rücksicht auf dasjenige Verfahren, welches einzuleiten gewesen sein würde, wenn die Zehntpflichtigen die Ablösung verlangt hätten (§§. 10. 51), darüber nicht im Zweifel sein, daß sie als Mitcontrahentin des Zehntberechtigten auftrete, und sie kann mit der Behauptung, daß sie sich im Irrthum befunden habe, theils nach Landrechtsatz 1 b, theils wegen Unerheblichkeit der zur Begründung jener Behauptung vorgetragenen Thatsachen, nicht gehört werden. In letzterer Hinsicht folgt nämlich aus den Thatsachen, daß die Gemeindekasse im Jahre 1840 weder Einnahme noch Ausgabe bezüglich auf die Zehntablösung gemacht gehabt habe, daß bei einer im Jahre 1838 stattgehabten weiteren Versammlung von einer Vermittlung der Gemeinde keine Rede gewesen sei, daß die Gemeindebürger zugleich Zehntpflichtige seien, und daß dieselben, als sie später erfuhren, man betrachte die Gemeinde als Ablösungsvermittlerin, gegen diese Annahme protestirt hätten, offenbar nicht, daß sich die Mitglieder der Gemeindeversammlung vom 30. Juni 1837 rücksichtlich des Rechtssubjects, welches den Vertrag vom nämlichen Tage mit dem Zehntberechtigten abschloß, in einem Irrthum und zwar mit einem entschuldbaren thatsächlichen Irrthum befunden haben.

Von beklagter Seite wird darauf hingewiesen, daß es in dem, der Vertragsurkunde nach Abhaltung der Gemeindeversammlung beigefügten, Zusatz heißt, die Gemeinde hätte auf Eröffnung des Inhalts des Vertrags „einstimmig durch ihre gesetzlichen Organe den ihnen vorgelesenen Vertrag in allen Theilen als gültig anerkannt", ohne übrigens aus dieser Beanstandung besondere Rechtsfolgen hervorzuleiten."

„Der angeführten allerdings undeutlich gefaßten Stelle der Urkunde liegt indessen, wenn man dasjenige, was ihr im Texte unmittelbar vorangeht, vergleicht, nämlich, daß der Gemeinderath und Bürgerausschuß Anstand genommen habe, den Vertrag zu unterzeichnen, bevor die ganze Gemeinde denselben genehmigt habe, offenbar der Sinn zum Grunde, daß die Gemeinde den Vertrag genehmigt habe, und ihn durch die Unterschrift ihrer gesetzlichen Organe (Gemeinderath und Bürgerausschuß) als gültig und bindend anerkenne. Es steht daher diese Stelle der Klagbegründung nicht im Wege."

„Eben so unbegründet sind die aus dem angeblichen Mangel der gesetzlichen Erfordernisse einer Gemeindeversammlung hergenommenen Ausstellungen.

Digitized by Google

Wenn nämlich behauptet wird, die Einladung zu der Gemeindeversammlung vom 30. Juni 1837 sei nicht zeitig genug, nämlich nicht 4 Tage vor dem Versammlungstage, wie der §. 3 der Verordnung des Großherzoglichen Ministeriums des Innern vom 16. November 1833. Regierungsblatt Nr. LXIII. vorscheeibe, geschehen, so wurde dagegen mit Recht schon in den Entscheidungsgründen des Unterrichters bemerkt, daß die angeführte Verordnung dem Bürgermeister in Fällen, bei denen er Gründe zur Eile findet, gestatte, die Frist beliebig abzukürzen, und daß, wenn dee Bürgermeister von dem ihm eingeräumten Eemessen Gebrauch gemacht hat, die Gemeinde daraus keinen Grund entnehmen könne, die in der betreffenden Versammlung eingegangenen Verbindlichkeiten anzufechten."

„Die Behauptung, es sei bei der Gemeindeversammlung nicht die gesetzliche Zahl von $^2/_3$ der stimmfähigen Bürger zugegen gewesen, erscheint zwar erheblich, und es läßt sich über diesen Punkt, wenn man auch den beklagten Theil, in Ansehung desselben als beweispflichtig ansieht, nicht mit dem Großherzoglichen Hofgericht damit, daß die beklagte Gemeinde den Beweis ihrer Behauptung nicht geliefert habe, hinweggehen, weil sie zur Füheung dieses Beweises, der ihr noch nicht auferlegt ward, bisher keine Verpflichtung hatte. Allein es liegt bereits ein vollständiger Gegenbeweis in den Akten, und es kann daher eine weitere Beweiserhebung umgangen werden.*) Der klagende Theil hat nämlich einen Auszug aus dem über die Gemeindeversammlung vom 30. Juni 1837 aufgenommenen Protokoll voegelegt, welcher von dem Unteerichter mittelst Verfügung vom 2. Juli 1841 in Contumaciam und zwar mit Recht, als von beklagter Seite anerkannt erklärt wurde, weil das fragliche Protokoll eine Zubehörde zum Zehntablösungsvertrag bildet, und man klägerischer Seits daher dessen Vorlage, mag es in das Gemeinderathsprotokollbuch oder auf einem besondern Bogen geschrieben worden sein, nach §. 786 dee Proeeßordnung verlangen konnte. Aus diesem Protokoll ergibt sich nun, daß die ganze Gemeinde versammelt war, indem darin beurkundet ist, das die aufgestellte Feage „von der ganzen versammelten Gemeinde" bejahend beantwortet wurde. Dasselbe ist eine öffentliche Urkunde, welche ihren Inhalt vollständig beweist, so lange sie nicht wegen Falschheit angegriffen ist, was bis jetzt nicht geschah. Uebrigens ist das Protokoll noch durch den mehrerwähnten Zusatz zu dem Zehntablösungsvertrag vom 30. Juli 1837, aus dem sich gleichfalls ableiten läßt, daß die ganze Gemeinde versammelt war, so wie ohnehin duech die Rechtsveemuthung für die Legalität des Akts unterstützt."

„Anlangend die Mitwirkung der Finanzbehörde zu dem vorliegenden Vertrag, so leitet zunächst die beklagte Gemeinde aus der landesherrl. Verordnung vom 27. Februar. 1834. Art. 6, die Behauptung ab, daß zur Rechtsgültigkeit von Verträgen, welche die Ablösung zum Veemögen der Kirchen, Schulen, Stiftungen und Corpoeationen gehörender Zehnten betreffen, die Zustimmung der Finanzbehörde unumgänglich nothwendig sei. Diese Behauptung ist jedoch in der Allgemeinheit, in welcher die Beklagte sie aufstellt, irrig, und die Anwendung, welche deiselben hier gegeben werden will, unzuläßig. Die gedachte Verordnung hat die Absicht nicht, das Zehntgesetz zu modificiren, und kann sie nach der Verfassung des Landes nicht haben; ihr Zweck besteht vielmehr nur darin, eine allgemeine Vorschrift darüber zu ertheilen, welches Benehmen bei Verteägen über die Ablösung der, der besondeeen Staatsaufsicht unteewoefenen, Zehnten des Domainenäears der Kiechen, Schulen, Stiftungen und Corporationen von den betreffenden Behörden einzuhalten sei. Hier wird nun in Form einee allgemeinen Instruktion, untee Andern in dem bereits eewähnten Art. 6, vorgeschrieben, daß die das Verwögen der Kirchen, Schnlen, Stiftungen und Corpoeationen betreffenden Zehtablösungsverträge nicht anders abgeschlossen, d. h. von den Unterbehörden ihrerseits eingegangen, beziehungsweise von den Oberbehörden genehmigt werden sollen, als entweder nach vorgängiger Communication mit der betreffenden Finanzbehöde, oder unter der eventuellen Bedingung, daß diese Behörde die Berechnung des Ablösungs-Capitals bezüglich auf den Staatszuschuß anerkenne".

„Würde nun in einem gegebenen Falle diese Vorschrift

*) Die Pfarrei hat durch das Protokoll über die Gemeindeversammlung den ihr obliegenden Beweis, daß die Gemeinde den Vertrag genehmigte, geführet. Die Anfechtung des Peotokolls, weil die Gemeindeversammlung nicht vollzählig gewesen sei, ist also eine Beweiseinrede, welche nach dem §. 674 Nr. 4 und 5, da die Vorschrift des §. 674 a sich auf die Fälle des §. 673 Nr. 1 nicht erstreckt, ohne richterliche Auflage vom Peodutten zu beweisen war. Sonst kann auch bei vollständig antizipirtem Gegenbeweise eine Beweisauflage nicht umgangen werden.

Digitized by Google

von den betreffenden Behörden nicht eingehalten worden sein, und der zehntberechtigte Fond sich weigern, den Vertrag zu erfüllen, so könnte allerdings sich fragen, ob die in jener landesherrl. Verordnung enthaltene Instruktion, in wie ferne sie den Vertretern der Fonds ein Mehreres zu beobachten auferlegt, als das Zehntablösungsgesetz im Allgemeinen festgesetzt, daher von den Vorschriften des letztern abweicht, mit einer die Gerichte bindenden Wirkung erlassen werden konnte; klar ist aber jedenfalls soviel, daß die Zehntpflichtigen, beziehungsweise die die Ablösung vermittelnden Gemeinden, aus der Nichtbeobachtung einer lediglich für die Vertreter von dergleichen Fonds und lediglich im Interesse dieser letztern ertheilten Instruktivvorschrift ihrerseits einen Grund zur Vertragsanfechtung in keiner Weise ableiten können (arg. Landrechtssatz 1125. Abs. 2.) Die Zehntpflichtigen haben vielmehr rücksichtlich der Mitwirkung der Finanzbehörde nur die Befugniß, diejenigen Vorschriften in Anspruch zu nehmen, welche das Zehntgesetz selbst in den §§. 53 bis 55. in dieser Hinsicht ertheilt, wonach zur Rechtsgültigkeit der Ablösungsverträge keineswegs ein Verfahren, wie der Art. 6 der vorgedachten Verordnung es vorschreibt, nothwendig, den Betheiligten vielmehr freigegeben ist, auf dem Vertrag zu beharren, nachdem die Finanzbehörde entweder die ihr gestattete dreimonatliche Frist ohne Abgabe einer Erklärung verstreichen ließ, oder die Zustimmung ausdrücklich verweigert hat."

„Im vorliegenden Falle hat nun aber der Gemeinderath und Bürgerausschuß der ihm nach den §§. 54 und 55 zustehenden Befugniß gemäß am 30. April 1839 in der oben erwähnten Eingabe an die Oberkirchenbehörde erklärt, Namens der Gemeinde auf dem am 30. Juni 1837 mit Zustimmung der letztern geschlossenen Vertrage beharren zu wollen, obwohl die Finanzbehörde bis dahin Anstand genommen habe, denselben zu genehmigen, und zwar erfolgte diese Erklärung, wie sich aus einer Vergleichung der angegebenen Data ergibt, und aus dem Inhalte der Erklärung selbst mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, zu einer Zeit, wo die der Finanzbehörde zu ihrer Aeußerung vergönnte dreimonatliche Frist längst umlaufen war."

„Der Umstand, daß die Gemeinde bei ihrer Versammlung vom 30. Juni 1837 die Genehmigung des Vertrags durch die Finanzbehörde noch ausdrücklich vorbehielt, verändert die oben erörterten rechtlichen Verhältnisse nicht. Dieser Vorbehalt sollte nur andeuten, daß sich die Gemeinde nicht für definitiv gebunden erachte, bevor die Finanzbehörde Gelegenheit zu der derselben gesetzlich zukommenden Mitwirkung zum Vertrag, beziehungsweise zur Geltendmachung ihrer Ausstellungen an demselben gegeben worden, und demnächst das gesetzliche Organ der Gemeinde in der Lage sein würde, Namens dieser ihm zustehende weitere Schritte vorzunehmen. Und es hatte die Gemeindeversammlung zu einer derartigen Verwahrung allerdings einen Grund darin, weil man von dem im Zehntgesetz vorgeschriebenen Verfahren abgewichen war, namentlich die Gemeindeversammlung den Vertrag selbst genehmigt hatte, man daher von Seite der Zehntpflichtigen Pfarrei sich zu der Behauptung hätte veranlaßt sehen können, die Gemeinde sei den landrechtlichen Vorschriften gemäß nun sofort und ohne alle Rücksicht auf das Verhalten der Finanzbehörde verbunden, den Vertrag definitiv zu halten und zu vollziehen."

„Hätte der Vorbehalt den Sinn haben sollen, das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren in diesem Punkte zu ändern, und namentlich an das Schweigen der Finanzbehörde oder an die Verweigerung der Zustimmung derselben andere als die gesetzlichen Folgen zu knüpfen, so hätte dies speciell und deutlich ausgedrückt werden müssen."

„War nach dem Bisherigen der Ablösungsvertrag zwischen dem Berechtigten und der beklagten Gemeinde als mit der Erklärung des Gemeinderaths und Bürgerausschusses vom 30. April 1839 definitiv abgeschlossen zu betrachten, so folgt hieraus von selbst, daß ein späteres einseitiges Wiederabgehen von jenem Vertrag (§. 25) unzulässig erscheint."

„Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 169 der Proceßordnung mußte das hofgerichtliche Urtheil unter Verfällung der beklagten Gemeinde auch in die Kosten dieser Instanz bestätigt werden." B.

II.

Kann die Proceßleitung den Anwälten überlassen werden?

In dem vorigen Jahrgang der Annalen Nr. 10 u. 29 habe ich versucht, darzuthun, daß durch Ueberlassung der Proceßleitung an die Anwälte den Parthieen viele Zeit, den Gerichten viele Mühe, dem Staat manche Kosten

erspart werden. Gegen meinen Vorschlag sind mir aber seitdem folgende Einwendungen gemacht worden:

1) Bei diesem Verfahren könnten die Proceſſe von den Anwälten beliebig in die Länge gezogen werden.

2) Auch könnten diese eine beliebige Anzahl von Schriften wechseln, und dadurch den Parthieen unverhältnißmäßige Kosten veranlassen.

Bei der ersten Einwendung kann man nur von der Voraussetzung ausgehen, daß die beiden gegentheiligen Anwälte übereinstimmen, die Sache hinauszuziehen. Denn wenn auch nur ein Anwalt die Sache beschleunigen will, so sind ihm hiezu in dem vorgeschlagenen Verfahren noch wirksamere Mittel gegeben, als durch die Prozeßordnung. Man erinnere sich nur daran, daß statt der Ausschließungen, die jetzt in einem Proceſſe sich sehr häufig wiederholen können, die Insinuationen der Anrufer genügen, daß alle Entschließungen auf Fristgesuche wegfallen sollen und dergl. mehr.

Der andere Fall, daß beide Anwälte die Sache liegen lassen, kann nur unter besondern Voraussetzungen vorkommen, da in der Regel die Anwälte schon aus eigenem Interesse, wenn nicht aus Pflichtgefühl, die Beendigung eines Processes betreiben werden. In den Fällen aber, wo Anwälte entweder aus Nachläßigkeit, oder weil sie zu sehr beschäftigt sind, eine Sache liegen lassen, bietet die geltende Proceßordnung ebenso wenig ein Mittel der Beschleunigung, als das französische Verfahren, dem mein Vorschlag entnommen ist.

Die Gerichte können nach dem gleichförmigen Prinzip beider Proceßrechte nicht ex officio einschreiten, nur den Parthieen steht es zu, ihr Interesse wahrzunehmen, und einem nachläſſigen Anwalt das Mandat zu kündigen.

Weiter zu gehen, ist weder nothwendig, noch rathsam, da Jeder selbst der beste Wächter seiner Interessen ist, und man gewiß nicht gesonnen ist, die Gerichte zu Vormündern der Parthieen zu machen.

Die zweite Einwendung kann in derselben Weise, wie im code de procédure geschehen ist, beseitigt werden. Dort ist nämlich in den Art. 81. 82 und 105 bestimmt, welche Schriften bei Taxirung der Kosten passiren. Dieselbe Bestimmung würde bei uns ebenfalls genügen. Dabei könnte man auch nach einem frühern Vorschlag der Mannheimer Advokaten die Taxen für die Schriften überhaupt, ohne Rücksicht auf Bogenzahl, festsetzen, wodurch die Weitläufigkeit der Schriftsätze verhütet wird.

Wie verlautet, wird mit der Vorlage der Strafproceßordnung auch eine neue Gerichts-Organisation und Trennung der Justiz von der Administration beabsichtigt. Früher waren zu diesem Zweck zwei Vorschläge gemacht worden, nämlich entweder Collegialgerichte erster Instanz zu bilden, oder für Sachen unter einer gewissen Summe Friedensgerichte einzuführen, und die anderen Sachen durch die Hofgerichte in erster Instanz entscheiden zu lassen. Sollte der letztere Vorschlag adoptirt werden, so dürfte die Ueberlassung der Proceß-Instruirung an die Anwälte gar nicht zu vermeiden sein, weil die Hofgerichte als Erstinstanz-Gerichte, und zugleich als Appellationsgerichte in friedensrichterlichen Sachen keine Zeit für die Proceßleitung erübrigen könnten. Bildet man aber Collegialgerichte erster Instanz, so dürfte auch dann die Proceß-Instruirung den Anwälten überlassen werden können, weil dadurch jedenfalls eine Kostenverminderung erzielt wird, was bei dem vergrößerten Aufwand für das Militär und für die Zinsen der durch den Bau der Eisenbahnen vermehrten Staatsschuld gewiß in Betracht gezogen wird. Da ich in den früheren Aufsätzen das neue Verfahren mehr beschrieben, als auf Grundsätze zurückgeführt habe, so will ich mir nun noch erlauben, durch Aufstellung dieser Grundsätze die Einfachheit und leichte Ausführbarkeit meines Vorschlags darzuthun.

I. Vom Verfahren überhaupt.

1) Alle Parteischriften werden in den nöthigen Exemplaren von den Anwälten (oder von den Parthieen, insofern diese sich selbst vertreten können) den Gerichtsboten zugestellt.

2) Die Gerichtsboten sind verbunden:

a. die Uebereinstimmung der ihnen übergebenen Exemplare der Parteischriften zu beurkunden,

b. die Schriften selbst den Gegenparthieen den nämlichen Tag zu behändigen, nachdem sie auf die Schriften selbst die Beurkundung der Uebereinstimmung und der Zustellung gesetzt haben,

c. dem übergebenden Anwalt (oder der Parthie) ein Exemplar mit der nämlichen Beurkundung zurückzugeben,

d. über die Zustellungen ein vom Präsidenten mit Handzug versehenes Buch zu führen, und darein

den Tag der Uebergabe, wie der Zustellung zu bemerken.

3) Alle Fristen werden durch das Gesetz bestimmt mit Ausnahme der Frist zur Beweisführung, welche im Beweiserkenntniß, und der Frist zur Befolgung des Urtheils, welche in dem Enderkenntniß vom Richter bestimmt wird.

4) Die Parthieen haben innerhalb der vom Gesetz bestimmten Fristen die Vernehmlassung, Replik, Duplik u. s. w. durch den Gerichtsboten an die Gegenparthie behändigen zu lassen.

5) Die Thätigkeit des Gerichts beschränkt sich auf Fällung der Erkenntnisse. Zu diesem Zweck kann jede Parthie bei dem Präsidenten die Fixirung der Sache beantragen, indem sie sogleich die Akten übergibt. (Man kann übrigens die Akten auch 3 Tage vor der Sitzung übergeben lassen.)

6) An dem bestimmten Tag wird die Sache plaidirt, entschieden, das Urtheil eröffnet und die Akten zurückgegeben.

7) Der Sekretär des Gerichts führt

1. eine Rolle, worein die Parthieen vor dem Antrag auf Fixirung die Sachen eintragen lassen müssen,
2. ein Buch, worein die Urtheile in fortlaufender Reihefolge eingetragen werden.

8) Die Parthieen können Ausfertigungen der Urtheile begehren, und diese der Gegenparthie insinuiren lassen. Von dem Tag der Zustellung laufen die Fristen.

9) Die Urtheile enthalten

1. die Frist binnen deren der Verurtheilte Folge leisten soll;
2. die Weisung an den Gerichtsboten das Urtheil nach Umlauf dieser Frist zu vollziehen, wenn nicht inzwischen Appellation eingelegt wurde,

oder

wenn auch Appellation ergriffen worden wäre.

10) Der Gerichtsbote vollzieht hiernach das Urtheil ohne Dazwischenkunft des Gerichts.

II. Von Fristen und Versäumnissen.

11) Sucht eine Parthie eine Fristerstreckung, so läßt sie ihr Gesuch der Gegenparthie insinuiren. Hält diese das Gesuch für unzulässig und will sie die Erstreckung nicht bewilligen, so läßt sie binnen drei Tagen ihre Einsprache nebst Anrufen auf Ausschluß insinuiren. Andernfalls wird sie als einwilligend angesehen.

12) Alle bewilligten Fristen haben dieselbe Dauer, wie die Fristen, deren Erstreckung bewilligt wird.

13) Wird eine Frist versäumt, so kann die Gegenparthie ein Anrufen auf Ausschluß insinuiren lassen. Die Zustellung dieses Anrufens hat dieselbe Wirkung, wie die Zustellung des Ausschluß-Erkenntnisses nach unserer Proceßordnung.

14) Die auf diese Weise ausgeschlossene Parthie kann innerhalb der Restitutionsfrist die versäumte Handlung nachholen, indem sie die betreffende Schrift an die Gegenparthie insinuiren läßt.

15) Wird aber auch die Restitutionsfrist versäumt, so kann die Gegenparthie bei Gericht auf Erkenntniß antragen.

16) Ebenso kann, wenn Fristerstreckung nachgesucht, aber Einsprache gemacht wurde, nach Umlauf der Restitutionszeit auf Erkenntniß angetragen werden. Das Gericht deferirt dem Antrag, wenn es die Einsprache begründet findet; andernfalls verwirft es den Antrag unter Verurtheilung des Antragenden in die Kosten.

17) Wird nach ergangenem Erkenntniß Restitution wegen Abwesenheit, Krankheit oder höherer Gewalt gesucht, so läßt die nachsuchende Parthie ihr Gesuch an die Gegenparthie insinuiren. Will diese sich der Restitution widersetzen, so muß sie binnen 8 Tagen ihre Einsprache insinuiren lassen. In diesem Fall entscheidet das Gericht. Wurde aber die Frist von 8 Tagen versäumt, so wird die Restitution als bewilligt angesehen. Die restituirte Parthie kann in diesem Fall durch den Sekretär des Gerichts an den Rand des Urtheils die bewilligte Restitution anmerken lassen, und zu diesem Zweck die Gegenparthie auffordern, ein Zeugniß über die Bewilligung der Restitution zu geben. Wo dieses Zeugniß verweigert wird, entscheidet das Gericht.

III. Vom Beweisverfahren.

18) Die Frist zur Antretung der Beweise wird durch das Beweiserkenntniß bestimmt. Dieselbe Frist hat die Gegenparthie zur Vernehmlassung und Gegenbeweisantretung.

19) Der Urkundenbeweis wird angetreten, indem der Producent die Abschriften an die Gegenparthie insinuiren läßt, und zugleich die Originale bei dem Gerichtssekretär hinterlegt.

Digitized by Google

20) Der Produkt kann hier die Urkunden einsehen, und läßt seine Erklärung binnen der Gegenbeweisfrist insinuiren.

21) Werden die Urkunden nicht anerkannt, so kann das Gericht, wenn es dieselben für relevant hält, den Beweis der Aechtheit auflegen. Das Erkenntniß bestimmt die Frist zur Antretung dieses Beweisrs.

22) Wird der Beweis durch Zeugen angetreten, ist aber gegen die Zulässigkeit dieses Beweismittels oder gegen die Person der Zeugen Einsprache gemacht worden, so entscheidet das Gericht.

23) Ist keine Einsprache gemacht, oder die Einsprache verworfen, so kann jeder Theil die Abhör der Zeugen bei dem Präsidenten beantragen.

24) Wird der Beweis durch Sachverständige angetreten, so wird über etwalge Einsprache vom Gericht entschieden, und dann auf Antrag einer der Parthieen das Gutachten der Sachverständigen erhoben.

25) Die Protokolle über Zeugenabhör und die Gutachten der Sachverständigen bleiben bis nach beendigtem Proceß bei dem Gerichtssekretär deponirt. Der Beweisführer muß aber binnen bestimmter Frist eine beglaubigte Abschrift an die Gegenparthie insinuiren lassen, sonst ist er des Beweismittels verlustig.

Nach beendigtem Proceß erhält der Beweisführer die Originale jener Protokolle.

26) Ebenso wird es mit den Protokollen über richterlichen Augenschein gehalten.

27) Wird der Beweis durch Eideszuschiebung angetreten, von der Gegenparthie aber Einsprache gegen die Eidesformel gemacht, so wird diese durch das Gericht festgestellt.

III. Von dem Verfahren in der Appellations-Instanz.

28) Wer gegen ein Urtheil appelliren will, läßt die Appellations-Anzeige innerhalb der gesetzlichen Frist der Gegenparthie insinuiren. Er kann zugleich bei dem Gerichtssekretär an dem Rand des Urtheils die Anzeige der Appellation vormerken lassen.

29) Der Appellant läßt innerhalb der gesetzlichen Frist die Beschwerdeschrift insinuiren, der Appellat ebenso die Vernehmlassung. Dann kann jeder Theil die Sache in die Rolle eintragen und fixiren lassen.

30) Wird die Frist zur Appellations-Anzeige versäumt, so kann das erste Urtheil vollzogen werden. Wird die Einführungsfrist versäumt, so läßt der Appellat ein Anrufen insinuiren und nach Umlauf der Restitutionsfrist das Rechtsmittel durch das Gericht für verfallen erklären. Werden beide Fristen versäumt, so wird das Urtheil rechtskräftig.

31) Wird Restitution gesucht, so tritt das oben (14 und 17) beschriebene Verfahren ein.

IV. Von der Vollstreckung.

32) Der Gerichtsbote vollstreckt die Urtheile auf Ansuchen der Parthieen, wenn

a. die geschehene Behändigung des Urtheils nachgewiesen, und
b. die zur Befolgung des Urtheils gesetzte Frist umlaufen ist.

Bei solchen Urthellen, die nur vorbehaltlich der Appellation vollstreckt werden sollen, muß

c. zugleich ein Zeugniß des Gerichtssekretärs, daß keine Appellations-Anzeige vorgemerkt sei, beigebracht werden.

33) Der Gerichtsbote darf mit der Vollstreckung nur in den Fällen des §. 958 der Proceßordnung einhalten.

34) Will die Parthie, gegen welche das Urtheil vollstreckt wird, Einsprache gegen die Vollstreckung oder gegen die Vornahme derselben machen, oder will sie einen Einhalt erwirken, oder sich beschweren, daß der Gerichtsbote gegen die gesetzliche Vorschrift nicht eingehalten habe, so läßt sie ihre Einsprache oder ihre Beschwerde der Gegenparthie insinuiren, und diese zugleich in die nächste Gerichtssitzung oder in eine bei dem Präsidenten zu erwirkende außerordentliche Sitzung vorladen, in welcher alsdann darüber entschieden wird.

35) Auf gleiche Weise können dritte Personen ihre Einsprache gegen die Vollstreckung geltend machen.

36) Hinsichtlich der Vollstreckung selbst verfährt der Gerichtsbote nach Inhalt der Proceßordnung mit dem Unterschied, daß die in dem Urtheil enthaltene Weisung zum Urtheils-Vollzug alle in der Proceßordnung vorkommenden besonderen Verfügungen überflüssig macht.

Man wird sich schon hieraus überzeugen, daß die Gerichtsboten keine Rechtsgelehrte zu seyn brauchen, und daß dennoch ihnen die ganze Vollstreckung ohne Behelligung des Gerichts übertragen werden kann.

Die Vereinigung der Gerichtsboten und Exequenten in einer Person bietet den weitern Vortheil, daß man diesen ein besseres Einkommen verschafft, und sie dadurch in den Stand setzt, sich nicht durch Bestechung von Seiten der Schuldner von der Pflichterfüllung abhalten zu lassen. Allgemein ist die Klage über unsere Vollstreckungs-Ordnung, besonders aber über die Personen, die zu deren Ausführung bestellt sind. Abhülfe kann nur dadurch bewirkt werden, daß man diesen Personen ein hinreichendes Auskommen und eine unabhängige Stellung sichert, was durch den obigen Vorschlag ohne Kosten für den Staat bezweckt wird. Dr. Ladenburg.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Druck und Verlag: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 33. Karlsruhe den 19. August 1843.

I.

Zur Auslegung des §. 118 der Proceßordnung (Beiladung zum Streit).

Obgleich schon Manches über die Beiladung zum Streit geschrieben worden ist, so scheint diese Materie doch noch nicht ganz erschöpft zu sein und wird daher noch Folgendes hervorgehoben.

Wenn die Beiladung zur Theilnahme am Streit geschieht, so wird dieses nicht so zu verstehen sein, daß der Beigeladene nun an allen weitern Verhandlungen Theil zu nehmen hat, indem seine Theilnahme auch durch eine einzelne Handlung bethätigt werden kann.

Dagegen wird nicht außer Acht gelassen werden dürfen, daß die Beiladung zur Theilnahme an einem anhängigen Streit zu geschehen hat, und daß es also nicht zulässig erscheint, wenn der Kläger schon mit der Erhebung der Klage auf Beiladung eines Dritten anträgt, wie es hie und da vorkömmt.

Dieses nur beiläufig erwähnt, ist nun näher zu prüfen, wie das Wort: „vorzunehmende" (Handlung) zu verstehen ist. Das Wort spricht eine Nothwendigkeit aus, oder ein Gebot, und es fräzt sich daher, von wo aus diese Nothwendigkeit oder dieses Gebot entspringt.

Die Antwort wird dahin ausfallen, daß entweder das Interesse einer Partei, oder das Interesse beider Parteien oder aber die Proceßordnung die Handlung vorzunehmen gebietet.

Daß nun der Gesetzgeber daran gedacht haben soll, daß das einseitige Interesse einer Partei allein einen Ausschlag geben soll, während doch im Proceß die Gleichstellung der Parteien ein oberster und Hauptgrundsatz ist, ist sehr zu bezweifeln. *) Es möchte daher auch schwerlich auf einem rechtlichen Prineip beruhen, wenn man sagt: wird diese oder jene Handlung gar nicht vorgenommen, oder nicht auf eine Art und Weise, wie sie das Interesse der einen oder andern Partei erfordert, so ist das Recht dieser Partei verletzt und man muß also das Auskunftsmittel der Beiladung wählen.

Wenn man auf die in dieser Lehre gewöhnlich angezogenen beiden Beispiele eingeht, nämlich auf die Eidesleistung und auf die Urkundenanerkennung durch den beigeladenen Dritten, so werden sich die Bedenken gegen die bisher übliche Art der Beiladung am besten zeigen lassen.

---

*) Dieser Zweifel ist die Grundlage der ganzen obigen Ausführung; denn daraus, daß die Beiladung nicht das einseitige Interesse einer Partei befördern soll, wird (weiter unten) abgeleitet, daß sie z. B. in Bezug auf Erklärungen über Urkunden oder Thatsachen nicht statt finde, wenn der Gegentheil ein Interesse hat, solche Erklärungen nicht anzuerkennen.

Zu jener Unterstellung, daß die Beiladung nicht im einseitigen Interesse einer Partei geschehen dürfe, ist aber im §. 118 der Proceßordnung wohl kein Anhaltspunkt zu finden. Es wäre damit etwas in das Gesetz hineingelegt, wovon darin nichts enthalten ist. Der §. 118 stellt ohne Unterscheidung, ob die Beiladung nur der einen, oder ob sie beiden Parteien nützlich sei, nur allein die Bedingung auf, daß eine Partei mit dem Beizuladenden in einem solchen Verhältnisse stehe, daß eine von ihr vorzunehmende Handlung nur durch den Beizuladenden geschehen könne.

Die processualische Rechtsgleichheit der Parteien ist damit nicht verletzt. Jede Partei nimmt ihre Proceßhandlungen stets nur in ihrem einseitigen Interesse vor, und wenn nun in einem Falle nur eine Partei einen Anlaß zur Beiladung eines Dritten hat, so ist die andere Partei dadurch eben so wenig verletzt, als wenn eine Partei einseitig eine Streitverkündung, oder irgend eine Proceßhandlung vornimmt. D. Red.

Digitized by Google

Der §. 572 der Proceßordnung sagt:

„Der Eid kann einem Dritten nur dann zugeschoben werden, wenn er in Folge einer rechtmäßigen Beiladung am Streit Theil nimmt."

Meistens geschieht es nun, daß der Producent, welcher die Eidesleistung durch einen Dritten gern haben möchte, in der Beweisantretung darauf anträgt, daß dieser Dritte beigeladen werde, damit dieser den Eid in der oder jener Formel ausschwöre.

Hier möchte jedesmal übersehen werden, daß der Eid einer Person zugeschoben wird, welche nicht am Streit Theil nimmt, oder von der man es wenigstens nicht weiß, ob sie Theil nehmen wird und deßhalb wird eine solche Eideszuschiebung auch als unstatthaft zu verwerfen sein.

Die Worte „wenn er am Streit Theil nimmt" sind offenbar von der Gegenwart zu verstehen, nämlich dahin, daß der Dritte Theilnehmer *ist*, ehe die Eideszuschiebung geschieht. Dieses geht auch wohl schon daraus hervor, daß es heißt: „wenn er *in Folge* einer (und zwar rechtmäßigen) Beiladung Theil nimmt." Die Eideszuschiebung setzt also die Theilnahme voraus, und die Theilnahme setzt die Beiladung voraus, folglich kann die Beiladung und Eideszuschiebung nicht zugleich geschehen.*)

Wenn der Gegner einer Partei in der Lage ist, daß er den Wahrheits-Eid nicht leisten kann, so mag es der Partei allerdings ungünstig sein, und sie muß wünschen, daß ein Dritter den Wahrheits-Eid (sei es verneinend oder bejahend) leiste, nur damit der Gegner zur Ablegung des Nichtwissenseides nicht zugelassen werde.

Gesetzt nun aber auch der Dritte sei bereits Theilnehmer am Streit, so kann man zwar sagen, daß diesem Dritten nach §. 572 der Proceßordnung statthafter Weise der Eid zugeschoben werden kann; man kann aber nicht eben so sagen, daß die Beiladung rechtmäßig ist, weil das einseitige Interesse einer der Parteien die Ausschwörung eines Wahrheitseides verlangt, den nur dieser Dritte schwören kann.

Ueberhaupt dürfte in der hie und da üblichen Anwendung des §. 118 in Beziehung auf das Beweismittel durch Eid ein Fehlgriff liegen.

Gesetzt den Fall, der Kläger hat Beweis zu führen und will oder muß sich der Eideszuschiebung bedienen, so ist die *nächste Handlung, welche vorzunehmen* ist, die Zuschiebung des Eides und diese Handlung hat der Kläger selbst vorzunehmen und er kann sie auch selbst vornehmen, ohne daß er einen Dritten bedarf. Er mag also ein Interesse dabei haben, daß der Eid ein Wahrheitseid oder ein Nichtwissenseid sei, so kann die vom Kläger vorzunehmende Handlung, nämlich die *Eideszuschiebung* von ihm selbst geschehen.

---

*) Buchstäblich genommen ist dies ganz richtig. Die Partei, welche einem Dritten einen Eid zuschieben will, sollte ihn zu diesem Zwecke zum Voraus adzitiren. Der Rechtsgrund für die Adzitation wäre der zu leistende Eid, hinsichtlich dessen es aber nicht nothwendig ist, daß er zur Zeit der Adzitation schon zugeschoben oder auferlegt sei. Die Adzitation geschieht vielmehr, damit Letzteres geschehen könne, und nur wenn der Adzitat dann wirklich sich einläßt, kann ihm nach §. 572 der Eid erst zugeschoben werden. Uebrigens wird diese Eideszuschiebung mit der Adzitation oft eventuell sogleich verbunden.

Wenn übrigens eine Adzitation zum Behufe der Eideszuschiebung geschehen, oder der Eid dem Adzitaten gültig zugeschoben werden soll, so muß das Verhältniß allerdings von der Art sein, daß die Eidesverweigerung des Adzitaten in der Sache auch wirklich entscheidend sei, daß nämlich die Entscheidung von der Erklärung des Adzitaten, beziehungsweise von seinem (durch die Eidesverweigerung eintretenden fingirten) Geständnisse wirklich abhänge. Das allein ist das Kriterium, und nicht, ob die Proceßhandlung im gemeinschaftlichen Interesse *beider*, oder nur im einseitigen Interesse *einer* Partei geschehe. — Ist es gegen die andere Partei nicht von Erheblichkeit, was der Adzitat erkläre, dann allerdings kann dem Adzitaten kein Eid zugeschoben, und wegen einer solchen Eidesleistung auch keine Adzitation verlangt werden. Kommt es aber in Bezug auf irgend eine Thatsache lediglich darauf an, daß der Adzitat sie anerkenne, handelt es sich z. B. um die Frage, ob der Adzitat dem Adzitanten ein von diesem jetzt geltend gemachtes Recht wirklich zedirt habe, oder z. B. um die Frage, ob der Hauptschuldner, wenn nach S. 2032 der Bürge ihn belangt, dem Gläubiger selbst schon Zahlung geleistet habe, so daß im erstern Falle der deb. cessus beim Anerkenntnisse des adzitirten Cedenten, und im letztern Falle der Bürge beim Anerkenntnisse des adzitirten Gläubigers gar kein *rechtliches Interesse* zum Widerspruche mehr hat, — so ist das Verhältniß von der im §. 118 *bezeichneten Art*, insoweit eine Proceßhandlung (die Erklärung und etwaige Eidesleistung nach *eigenem Wissen*) nur durch den Adzitaten geschehen kann, und dasselbe ist zugleich processualisch *erheblich*, insoweit diese Erklärung oder Eidesleistung auch im Verhältnisse zum Proceßgegner des Adzitanten maßgebend ist. Fehlt es an Letzterem, so kann die Adzitation nicht verlangt werden, wenn gleich der Adzitat wegen eigenen Wissens etwa eine Erklärung (über die Wahrheit) allein abgeben könnte. D. Red.

Man kann zwar einwenden, daß der Beklagte im speciellen Fall nicht in der Lage ist, den vom Kläger gewünschten Eid zu schwören und deßhalb kann der Kläger diesen Eid auch nicht zuschieben. Allein hierauf entgegnet man mit Recht, daß es ihm wie allen denjenigen geht, welche kein für sie günstiges Beweismittel besitzen; und darüber hat sich doch der Gesetzgeber wohl auch nicht zu verantworten, wie auch weder dieser noch der Richter sich deßhalb durch eine Art Mitleiden für den Beweisführer bestimmen lassen soll, die Rechtsgleichheit der Parteien zu stören.

Es ist auch nirgends im Gesetz ausgesprochen, daß der Beweisführer den Wahrheitseid zuschieben muß oder in die Lage gesetzt werden soll, ihn zuschieben zu können; man kann also auch nicht sagen, daß die Zuschiebung des Wahrheitseides nur diejenige Handlung ist, welche schlechthin vorgenommen werden muß. *) Ueberdieß aber bleibt die Zuschiebung immer nur eine Handlung des Beweisführers selbst, sie mag der Gegenpartei oder dem Dritten geschehen, und das, was der Beweisführer nicht kann, nämlich z. B. den Wahrheitseid zuschieben, das kann ja der Dritte, dem er zugeschoben werden soll, noch weit weniger.

Will man aber die Eideszuschiebung nicht hieher beziehen als vorzunehmende Handlung, so ist die nächstfolgende Handlung die Erklärung über den zugeschobenen Eid. Eine Erklärung kann aber ebenfalls wieder der Produkt selbst abgeben, ohne daß er oder der Producent eines Dritten bedarf. Es ist auch hier wieder nirgends vorgeschrieben, daß die Erklärung immer nur allein in der Annahme des Eides oder nur in der Verweigerung oder nur in der Zurückschiebung desselben geschehen kann. Man kann daher auch nicht sagen, daß die Erklärung immer einer oder der andern Partei nur willkommen sein muß, widrigenfalls ihr Unrecht geschieht, und daß ihr daher durch die Beiladung eines Dritten geholfen werden muß, welcher die der betreffenden Partei angenehme oder von ihr gewünschte Erklärung abgibt. Der §. 118 spricht nur von einer vorzunehmenden Handlung, nicht aber von einer im Interesse der einen Partei allein vorzunehmenden.

Will man aber auch die auf die Eideszuschiebung abzugebende Handlung nicht als die vorzunehmende betrachten, sondern die Eidesleistung selbst, so möchten hier abermals einige Bedenklichkeiten entstehen.

So viel wird hier unbestreitbar sein, daß Derjenige, welcher den Eid leisten soll, auch in der Lage sein muß, daß er ihm zugeschoben werden kann; denn wenn er ihm nicht zugeschoben werden kann, so kann er ihn auch nicht leisten, weil die Zuschiebung und Annahme der Leistung vorausgehen muß.

Man kömmt daher auch hier wieder lediglich auf die Frage zurück: unter welchen Voraussetzungen kann der Eid einem Dritten zugeschoben werden?

Geht man hier davon aus, daß die Eidesleistung als die vorzunehmende Handlung zu betrachten ist, so darf man nicht außer Acht lassen, daß der Dritte, wenn er die Annahme oder Leistung des Eides ablehnt, oder überhaupt schweigt, sich beim Streit nicht betheiligt.

Er ist also nicht Theilnehmer oder nimmt nicht Theil.**) Hieraus ergibt sich, daß der Dritte, wie oben schon behauptet worden ist, bereits Theilnehmer sein muß, weil die Betheiligung durch die vorzunehmende Handlung (Eidesleistung) so lange zweifelhaft wäre, bis der Eid geleistet ist. Folglich kann man auch einem Dritten, der sich nicht vorher schon am Streit betheiligt hat, den Eid nicht zuschieben.

Man kann daher auch hier bei der Frage hinsichtlich des Eides nicht sagen, daß der Dritte, welcher den Eid

*) Der §. 118 fordert nicht, daß es eine Proceßhandlung sei, welche vorgenommen werden muß, sondern nur eine solche, welche allein vom Adzitaten vorgenommen werden kann. Die Proceßhandlung hat aber die Partei, von der sie ausgeht, selbst zu wählen. Es hängt z. B. von ihr ab, ob sie den Wahrheitseid oder den Nichtwissenseid zuschieben will, vorausgesetzt, daß diese Zuschiebung nach den Verhältnissen des Gegners oder eines Adzitaten überhaupt zulässig (wenn gleich nicht geboten) ist. Nebstdem kommt aber, wie in der Note *) p. 246 gezeigt ist, auch noch die Erheblichkeit in Frage, und zwar nicht nur in Bezug auf den Inhalt, sondern, wenn der Adzitat schwören soll, zugleich noch in Bezug darauf, ob das in der Eidesverweigerung liegende Geständniß des Adzitaten gegenüber dem Proceßgegner des Adzitanten auch maßgebend sei. D. Red.

**) Sobald er sich auf die Adzitation einläßt, und die verlangte Erklärung (bejahend oder verneinend) abgibt, nimmt er am Streite schon Theil, und wenn er dann die Leistung eines ihm zugeschobenen oder auferlegten Eides verweigert, so thut er dies eben als Theilnehmer am Streit. D. Red.

muthmaßlich leisten wird, durch diese bloße Möglichkeit schon betheiligt wird, und eben deßhalb muß eine andere wirkliche Theilnahme schon vorausgehen; denn die vorzunehmende Handlung (angeblich Eidesleistung), welche durch die Eideszuschiebung und Theilnahme am Streit bedingt ist, kann nicht selbst wieder die Bedingung der Beiladung zum Streit sein*); folglich sind die §§. 118 und 572 nicht in diese Verbindung miteinander zu bringen, wie es, wohl irriger Weise, so häufig geschieht.

Eben deßhalb muß man auch Bedenken dagegen haben, daß unter der vorzunehmenden Handlung, von welcher der §. 118 spricht, die Eidesleistung verstanden werden kann.

Man würde auch bei dieser, wohl unrichtigen Annahme, sehr natürlicher Weise auf die Frage kommen, wie denn gegen alle sonstigen proceßualischen Grundsätze der Gesetzgeber dazu kommt, den Ausgang eines Proceßes lediglich in die Willkühr eines Dritten zu stellen. **)

Ohne tiefer einzudringen, auf welcher festen rechtlichen Basis ein solcher Grundsatz beruhen würde, begnügt man sich in der Regel nur mit der Anführung des §. 572 der Proceßordnung. Allein abgesehen davon, daß man diesen Paragraphen mit Herbeiziehung des §. 118 unrichtig auslegt und anwendet, unterstellt man ihm auch noch etwas, was er offenbar nicht sagt und gewiß auch nicht sagen wollte.

Es steht nämlich nirgends, daß wenn einem Dritten der Eid zugeschoben werden kann, nun auch dieser Dritte allein oder statt einer der Parteien den Eid schwören muß, oder muß schwören können. Warum unterstellt man immer nur den Fall, wo die betreffende Partei den Eid nicht selbst schwören kann, warum soll der §. 572 nicht eben so gut von dem Fall gelten, wo ein Dritter bereits Theil am Streit nimmt und wo es zur Eideszuschiebung kömmt, und nun außer der betreffenden Partei auch dem theilnehmenden Dritten der Eid zugeschoben werden soll? — Der §. 572 hat den Fall, wo nur der Dritte schwören soll, offenbar nicht vor Augen, was daraus hervorgeht, daß er auch die Streitgenossen Dritte nennt, hinsichtlich welcher doch die Bestimmungen der §§. 96 und 615 der Proceßordnung zur Anwendung kommen müssen, wornach sämmtliche Streitgenossen, also die Partei, wie der Dritte schwören muß.

Jene Unterstellung wird lediglich wieder nur aus dem §. 118 und zwar ohne gesetzlichen Grund hergeleitet, weil dort ebenfalls, wie im §. 572, von der Beiladung die Rede ist, und zwar von einer Handlung die von keiner Partei vorgenommen werden kann. Die Schlußfolgerung, daß, weil in beiden Paragraphen von Beiladung die Rede ist und dort von vorzunehmender Handlung, hier von (NB. sogar vorerst nur!) Eideszuschiebung — die vorzunehmende Handlung die Eidesleistung sei, welche nur durch den Dritten geschehen könne, ist offenbar nicht nur nicht bündig, sondern ganz grundlos.

Bei der hier bestrittenen Auslegung und Anwendung des §. 118 und 572 bringt man sich daher auch noch zu der weitern dann nicht leicht zu beantwortenden Frage: warum soll dem blos beigeladenen Theilnehmer am Streit — der nach der bisher geltenden Ansicht nicht Streitgenosse wird — eine entscheidendere Rolle als einem Streitgenossen beigelegt werden? — Nach §§. 105, 116 und 615 der Proceßordnung genügt es nicht, daß ein Streitgenosse allein schwöre; warum soll es beim beigeladenen Theilnehmer am Streit gelten? — Warum soll der §. 96, der einen wohlbegründeten Rechtsgrundsatz aufstellt, nicht auch auf den Theilnehmer am Streit Anwendung finden, und für diesen stillschweigend eine ganz entgegenstehende Bestimmung in das Gesetzbuch aufgenommen sein? —

Ferner, warum will man sich über die ausdrückliche Bestimmung des Landrechtsatzes 1361 hinwegsetzen, und diese Vorschrift illusorisch machen, indem man den Dritten

---

*) Sie ist der Rechtsgrund der Beiladung, ihre Verwirklichung ist aber dann durch die darauf erfolgende Theilnahme des Beigeladenen bedingt. S. die Note *) p. 246 im Eingang.
D. Red.

**) Dies kann allerdings nicht allgemein geschehen, sondern nur insofern, als nach dem vorliegenden besondern Rechtsverhältnisse das Zugeständniß eines Dritten einen Streitpunkt unter den Parteien erledigt. (S. die Note *) p. 246 Abs. 2). — Unzulässig wäre es natürlicherweise, irgend einen Dritten, der von einem Hergange eigene Kenntniß hätte, dessen Erklärungen aber für den Gegner des Adzitanten nicht bindend wären, beizuladen, und ihm einen Eid zuzuschieben, mit der Wirkung, daß im Falle der Eidesverweigerung die Thatsache nun auch gegen den Gegner des Adzitanten als erwiesen gelte. D. Red.

Digitized by Google

einen Eid schwören läßt, der beim Streit nicht weiter betheiligt sein soll, als daß er und nur er, den Eid leisten kann und der weder mit der Klage noch mit einer Einrede abgewiesen werden kann; oder indem man Einen mit seiner Klage oder Einrede abweist, dem der Eid nicht zugeschoben worden ist, geschweige denn, daß er ihn verweigert hat! —

Ueber die Beweisantretungen, wie man sie öfter findet: „ich schiebe dem Gegner den Eid zu, da aber dieser ihn nicht schwören kann, so bitte ich den Dritten (NN.) beizuladen, daß er ihn schwöre" — ist hier weiter kein Wort zu verlieren.

Abgesehen also davon, daß die Eidesleistung ohnehin nicht einmal eine Handlung ist, die der Dritte und nur der Dritte vornehmen kann, indem der Richter ebenfalls dabei zu functioniren hat (??), möchte der §. 118 auf den Fall nicht anzuwenden sein, wo eine Partei die Ausschwörung des Eides durch einen Dritten wünscht, und es möchte zu bezweifeln sein, daß unter die Worte „vorzunehmende Handlung" die Eidesleistung zu subsumiren ist.

Der hier hervorgehobenen Ansicht scheint zwar die der verehrlichen Redaction entgegenzustehen, welche in der Note Seite 311 und 312 im Jahrgang 1841 ausgesprochen ist.

Allein es wirft sich auch bei jenem Beispiel außer dem bisher Gesagten, das oben berührte Bedenken auf, nämlich, daß, wenn der §. 118 die Beiladung eines Dritten unter gewissen Voraussetzungen auch gestattet, damit nicht gesagt ist, daß der Dritte nun auch alle und jede Handlungen, welche nur er vornehmen kann, statt der Partei vornehmen darf! — Wäre dieses schon im §. 118 ausgesprochen worden, so hätte es des hierher bezüglichen Inhalts des §. 572 nicht bedurft. Allein gerade aus dem §. 572 geht hervor, daß man den Dritten nicht alle Handlungen schlechtweg vornehmen lassen will, welche sonst nur die streitenden Parteien angehen, und, wenn also beim Haupteid noch bestimmt gesagt ist, daß er nur unter gewissen Voraussetzungen auch einem Dritten zugeschoben werden kann, so steht überall nichts davon, daß der Richter einem Dritten (der erst noch nachträglich beigeladen werden soll) den Notheid auferlegen darf.

Ehe der Richter einer der Parteien einen Notheid auferlegt, kann ohnehin auch keine den Parteien sagen, oder begründen, daß sie eine Handlung vorzunehmen habe, und sie kann daher auch auf bloße Muthmaßungen oder Wünsche die Rechtmäßigkeit der Beiladung nicht gründen *).

Hat aber der Richter einer Partei den Notheid bereits auferlegt, so versteht es sich von selbst, daß ihn ein Dritter nicht schwören darf. Ueberhaupt ist auch hier wieder die zunächst vorzunehmende Handlung keine Handlung einer Partei oder des Dritten, sondern der Richter hat eine Handlung vorzunehmen, nämlich den Notheid aufzuerlegen (??). Kann er der einen Partei den Notheid nicht auferlegen, so hat er ihn der andern aufzuerlegen; man kann daher, streng genommen, auch nicht von einer Handlung reden, welche von einer Partei vorzunehmen ist, aber von ihr nicht vorgenommen werden kann. Der Dritte kann überdies auch noch weniger als der Richter die zunächst vorzunehmende Handlung vornehmen, nämlich einen Notheid derjenigen Partei aufzuerlegen, welcher er im Interesse der einen Partei und nach der Regung eines großen richterlichen Mitleids auszuerlegen wäre, und für welche also der Dritte substituirt wird.

Betrachtet man überhaupt den Inhalt der §§. 635. 640. 652 verglichen mit §. 567 der Proeßordnung, so kann man daraus überall nicht ableiten, daß ein Notheid auch einem beigeladenen Dritten auferlegt werden kann, und dieses wird um so gewisser, wenn man die Landrechtsätze 1357. Nr. 2. 1366. 1367. 1368 hervor-

*) Wenn eine Partei dem Richter die Sachlage darstellt und zeigt, daß Grund vorliege, ihr den Erfüllungseid aufzuerlegen, daß aber sie selbst keinen Wahrheitseid schwören könne, wogegen ein Dritter (etwa ihr Gewalthaber) von der Sache Kenntniß habe und den Wahrheitseid schwören könne, — und wenn die Partei auf diese Umstände hin den Antrag stellt, daß dieser Dritte beigeladen, und ihr sofort ein durch denselben zu leistender Notheid auferlegt werde, so ist nicht blos von Muthmaßungen und Wünschen die Rede; der Richter muß beurtheilen können, ob die Sache sich so, wie sie dargestellt ist, verhalte, der Antrag also begründet sei. Bejahenden Falls wird er die Beiladung verfügen, und dann, wenn der Beigeladene erscheint, in der angetragenen Weise auf einen Notheid erkennen. D. Red.

hebt, wo überall nur von den Parteien und streitenden Theilen die Rede ist. *)

Es ist daher sehr zu bezweifeln, daß einem beigeladenen, oder erst noch beizuladenden Dritten, der nicht Streitgenosse ist, der Notheid auferlegt werden darf, und wenn daher auch das von der verehrlichen Redaction angeführte Beispiel einen Fall enthält, wo der Wahrheitseid (als Erfüllungseid) nur von dem Dritten geschworen werden kann, so dürfte damit noch nicht dargethan und behauptet worden sein, daß, wenn man die Beiladung auch für rechtmäßig ansehen wollte, der Richter nun auch jedenfalls dem Dritten den Notheid auferlegen darf und muß.

Ein anderer Fall, wo die Rechtmäßigkeit der Beiladung wohl eben so in Zweifel zu ziehen sein dürfte, ist der häufig im Urkundenbeweisverfahren vorkommende.

Alles was über die Gleichheit der Parteienrechte oben beim Eid gesagt ist, gilt auch hier, und eben so dürfte auch hier die Behauptung aufgestellt werden, daß die nach dem vorschriftsmäßigen Gang des Proceßverfahrens (nicht gerade im Interesse einer Partei) vorzunehmenden Handlungen, alle von den Parteien selbst vorgenommen werden können.

Wenn der Beweisführer sich einer Urkunde, die weder vom Gegner, noch von Personen, für deren Handlungen er haftet, sondern von einem Dritten herrührt, bedienen will, so mag ihm allerdings unerwünscht sein, daß der Gegner keine Erklärung nach Inhalt des §. 433 und 435 der Proceßordnung abgeben kann.

Allein es steht auch nirgends, daß die vorzunehmende Handlung nur in der Erklärung nach Inhalt des §. 433 und 435 bestehen muß.

Die vorzunehmende Handlung des Producenten ist die Beweisantretung nach §. 416 der Proceßordnung. Hierzu braucht er keinen Dritten, wenn nicht der Fall des §. 420 eintritt, in welchem die Urkunde in der Hand dieses Dritten ist. Die zunächst vorzunehmende Handlung des Gegners ist die Abgabe seiner Erklärung nach §. 436 der Proceßordnung. Hierzu bedarf es ebenfalls keines Dritten. Die Erklärungen nach §. 433. 435 und 436 sind gesetzlich gleichgestellt; man kann daher nicht sagen, daß die Erklärung des Gegners nur in der Form nach §. 433 abzugeben, und lediglich diese Erklärung die vorzunehmende Handlung ist; man kann daher auch nicht sagen, daß die vorzunehmende Handlung nur durch den Dritten (den Aussteller der Urkunde) geschehen kann **).

Die Gesuche um Beiladung eines Dritten zur Erklärung über die Urkunde dürften daher eben so unbegründet sein, als die Gesuche um Beiladung zur Anerkennung der Urkunde.

Hier kömmt nun aber auch noch eine dritte Art Beiladung öfter vor. Wenn nämlich der Gegner bereits erklärt hat, daß er die Urkunde nicht für dasjenige halte, wofür sie ausgegeben ist, und wenn also der Producent den Beweis der Aechtheit zu liefern hat, so läßt man diesen, statt daß er den Aechtheitsbeweis wenigstens zugleich mit antritt, die Zuflucht zur Beiladung des angeblichen Ausstellers nehmen, damit dieser sich über die Urkunde erkläre. In dieser Weise, nämlich gleichsam als eine Art Beweismittel, wird die Beiladung nicht statthaft sein. Denn die vom Producenten vorzunehmende Handlung ist die Beweisführung der Aechtheit. Die Beweisführung ist aber an die gesetzlichen Beweismittel gebunden, und an die für Erhebung eines jeden bestimmte Verfahrungsweise.

*) Der Notheid wird der Partei auferlegt, aber mit dem, daß sie ihn angegegnermaßen durch den Beigeladenen zu leisten habe.

Nach §. 652 der Proceßordnung gelten in Beziehung auf die Eidesleistung bei Notheiden die nämlichen Bestimmungen, wie bei Haupteiden; die Zulassung des Adzitaten zum Notheid findet daher auch in der Analogie des §. 611 einen Anhaltspunkt. Nur kann die Partei nicht noch nach gefälltem Erkenntnisse (wie beim Haupteide) den Gewalthaber stellen, sondern sie hat ihn vorher im Wege der Adzitation beizubringen, da ihr sonst, weil sie selbst keinen Wahrheitseid schwören kann, im Erkenntnisse ja ein (durch den Gewalthaber zu schwörender) Erfüllungseid gar nicht auferlegt werden könnte. D. Red.

**) Hier verhält sich's wieder, wie oben beim Eide. Die Erklärung nach §. 433 ist eine andere Proceßhandlung, als die Erklärung nach §. 436. — Der Produzent kann eine Erklärung nach §. 433 verlangen, wenn die Urkunde vom Produkten herrührt, oder überhaupt, wenn sie von demjenigen herrührt, der die Erklärung abzugeben hat. Kann nun der Produzent einen Dritten bezeichnen, dessen Erklärung für den Produkten maßgebend ist, und der allein sich nach §. 433 erklären kann, so gibt ihm der §. 118 die Befugniß, diesen Dritten zu adzitiren, damit er die in der Anerkennung oder Ablängnung der Urkunde (§. 433) liegende Proceßhandlung vornehme. D. Red.

Ist nun einerseits die Beiladung als Beweismittel gesetzlich nicht eingeführt, so ist anderseits nicht zu übersehen, daß der weitere Proceßgang durch die Beiladung, als Beweismittel behandelt, ausarten würde; denn es würde nun noch ein Dritter beigeladen, um sich nun abermals über die Urkunde zu erklären, obschon die vorschriftmäßige Erklärung des Produkten schon vorliegt.

Es wirft sich endlich auch noch eine weitere Frage auf, nämlich die, wie es zu halten ist, wenn nicht nur durch einen Dritten, sondern durch zwei oder mehrere Andere die Handlung vorgenommen werden kann.

Der §. 118 spricht davon, wenn die Handlung nur durch diesen Dritten vorgenommen werden kann; man müßte daher streng genommen folgern, daß wenn die Handlung auch noch durch Andere vorgenommen werden kann, die Beiladung eines Dritten nicht stattfindet.

Wenn man aber diese strenge Auslegung nicht annimmt, so läßt der §. 118 unentschieden, ob dann alle, welche die Handlung vornehmen können, beizuladen sind, oder ob die betreffende Partei beliebig einen wählen kann. *)

Die allgemeine Fassung des §. 118 hat, wie gezeigt, die seltsamste Anwendung gefunden, und sie muß es finden, wenn man den Satz dahin auslegt, daß er gestattet, im Interesse einer Partei allein von dem gewöhnlichen proceßordnungsmäßigen Gang abzuweichen und in ein wahres Verfahren der Willkühr abzuschweifen.

Man könnte, wie hier beim Urkundenbeweis, eben so gut beim Zeugenbeweis das Verfahren ausarten lassen, z. B. der Beweisführer will den Beweis durch Zeugen führen, weil er aber nicht selbst die Zeugen benennen kann, so trägt er darauf an, daß der Dritte (NN), der die Zeugen kennt, beigeladen werde, damit dieser den Zeugenbeweis antrete (?). Dieses Beispiel paßt ganz unter die Bestimmung des §. 118 und könnte eben so gut (oder vielmehr eben so schlecht) und noch besser vertheidigt werden, als ein Gesuch um Beiladung eines Dritten zur Anerkennung einer Urkunde. Aber was stünde unserm Proceßverfahren bevor, wenn man auf dem hie und da eingeschlagenen Weg fortfahren würde und auf weitere solche und ähnliche processualische Abnormitäten verfiele! —

Alle diese Rücksichten müssen daher auf die Ueberzeugung bringen, daß die Anwendung des §. 118 durchaus in gewisse Schranken zurückgeführt werden muß, ohne daß man gerade behaupten kann, daß die Beiladung überhaupt nichts nütze. Es gibt vielmehr allerdings Fälle, wo sie einen Rechtsstreit sehr vereinfachen und abkürzen kann, und an solchen Fällen dürfte auch am leichtesten zu erkennen sein, was der Gesetzgeber bezwecken und wie er die Beiladung angewendet wissen wollte.

Man nehme das Beispiel: der Rechtsübernehmer K tritt gegen den Schuldner B klagend auf und B zieht die Rechtsübertragung in Zweifel, dann kann der Rechtsübergeber D durch eine gerichtlich abgegebene Erklärung gewiß am schnellsten und überzeugendsten zur Beseitigung der Zweifel des B beitragen. Oder: der Führer des Aechtheitsbeweises verbindet mit seiner Beweisantretung das Gesuch um Beiladung des Ausstellers der Urkunde; dieser Dritte erscheint und erklärt die Urkunde wirklich unterschrieben zu haben; dem Produkten genügt es nun und das weitere Aechtheitsbeweisverfahren kann unterbleiben.

Man kann hier zwar einwenden, daß weder jene Erklärung, noch diese Anerkennung streng genommen eine von einer Partei vorzunehmende Handlung ist. Allein wer hat überhaupt die Handlungen, welche in einem Processe vorkommen und vorkommen können, vorzunehmen, außer dem Richter, den Zeugen, den Sachverständigen und dergl.? — Antwort: die eine oder die andere Partei. Alle Handlungen, welche nicht jene Personen vorzunehmen haben, erscheinen also als von der einen oder der andern Partei, im Gegensatz jener Personen, vorzunehmende Handlungen und in so fern sind auch jene beiden Handlungen als Handlungen der Partei zu betrachten. Aus jenen beiden Beispielen verglichen mit dem Inhalt des §. 118 der Proceßordnung und dem

*) Ich wüßte mir keinen Fall zu denken, wo die Auswahl eines Einzigen genügte. Wenn der Gegner des Adzitanten die Proceßhandlung des Adzitaten gegen sich anzuerkennen hat, so kann von den Mehreren, die mit einander handelten, (z. B. von den mehreren Cedenten oder Gläubigern) nicht blos Einer adzitirt sein, da ja der Gegner nur ihre gemeinschaftliche Handlung gegen sich gelten zu lassen hat. D. Red.

bisher Gesagten geht aber wohl hervor, daß von einer Abweichung von dem gewöhnlichen ein für allemal und für jeden Unterthan, er mag einen Dritten zur Seite stehen haben oder nicht, vorgeschriebenen Proceßverfahren nicht die Rede sein kann; wenigstens steht überall nichts davon, daß wenn die Beiladung stattfindet, auch eine Aenderung im sonst vorgeschriebenen Verfahren stattfindet.

Das gewöhnliche, ordentliche, Schritt vor Schritt vorgeschriebene Verfahren ist daher jedenfalls beizubehalten und die Beiladung wird nur da mitverbunden, wo es das Gesetz der Zweckmäßigkeit (welches Duttlinger überall neben den Proceßvorschriften gelten läßt) im Interesse beider Parteien dem Richter vorschreibt.

Es handelt sich also hier nicht um Vornahme processualisch vorgeschriebener Handlungen, sondern um andere durch die Zweckmäßigkeit gebotene. Dieses wird um so weniger zu bezweifeln sein, als man vom Gesetzgeber nicht annehmen kann, daß er processualische Vorschriften gegeben haben wird, welchen die Parteien nachzukommen nicht in der Lage sind, so daß man, um sie nicht gleichsam wegen einer Mangelhaftigkeit des Gesetzes in Nachtheil zu bringen, eines solchen, aller rechtlichen Basis entbehrenden Auskunftsmittels bedarf, und in ein neues Gesetzbuch aufnimmt.

Eben daher muß auch die als zweckmäßig erkannte und vorzunehmende Handlung eine solche sein, die im Interesse beider Parteien geschieht, wie z. B. die in beiden Beispielen angeführten Handlungen.

Gesetzt im zweiten Beispiel, der Product hat nicht nur daran ein Interesse, daß der Beigeladene die Urkunde als von seiner Hand herrührend anerkenne, und daß ihm vielmehr daran liegt, daß die Unterschrift als ächt bewiesen wird, indem er z. B. Grund hat, in die Wahrheitsliebe des angeblichen Ausstellers Zweifel zu setzen, so ist die Anerkennung durch den Dritten nicht in seinem Interesse, und es ist auch überall kein gesetzlicher und rechtlicher Grund zu finden, warum er (hier gleichsam als Dritter) sich durch die Anerkennung des angeblichen Ausstellers als gebunden betrachten soll und muß *); und noch weniger liegt für den Richter irgendwo eine derartige gesetzliche Bestimmung, welche ihn anweist, die Urkunde nun dem Produkten gegenüber als ächt zu betrachten. Die Urkunde wird ja nicht gegen den Dritten (Aussteller) gebraucht, sondern gegen den Produkten, folglich steht dem Richter sogar noch bestimmt der Landrechtsatz 1322 entgegen, oder wenigstens nicht zur Seite.

Geht man nun davon aus, daß die Beiladung zum Streit nur Anwendung findet, wo eine durch das Gesetz der Zweckmäßigkeit im Interesse beider Parteien gebotene processualisch nicht vorgeschriebene Handlung vorzunehmen ist, so wird man nicht nur alle oben erhobenen Bedenken umgehen, sondern es wird sich auch erklären lassen, warum der §. 118 so allgemein gefaßt ist; warum er weder hinsichtlich der Zeit, noch der Zahl der Personen, noch des angedeuteten Verhältnisses, noch der Art der Handlung etwas Bestimmteres festsetzt; warum beiden Parteien das Gesuch zusteht, es möge sich nun von einer Handlung der einen oder der andern handeln; endlich, warum für den Fall der Folgeleistung oder Nichtfolgeleistung durch den Dritten nirgends ein Rechtsnachtheil angedroht ist, indem sich dieses Alles nach den Umständen zu geben hat, und von selbst ergibt.

Es ist aber insbesondere auch erklärlich, warum dem Richter die Beiladung nicht zur Pflicht gemacht ist, sondern durch das Wort „kann" seinem Ermessen anheimgestellt wird, ob er auf das Gesuch eingehen will oder nicht. Hätte die Beiladung die Bedeutung, welche man ihr oft beilegen will, wornach oft sogar die Entscheidung des Streits selbst lediglich vom Dritten abhängt, so wäre gewiß die Obliegenheit des Richtees, die Beiladung zu verfügen, bestimmt ausgesprochen worden. Dietz.

*) Dies kommt auf die Umstände an. Ist der Produkt durch die Anerkennung des Ausstellers wirklich nicht gebunden, so findet auch keine Adzitation zum Behufe jener Anerkennung statt. Ist aber der Dritte z. B. der Cedent, so kann der ded. cess., gegen den der Cessionar zum Beweise seiner Legitimation zur Sache die Cessions-Urkunde produzirt hat, etwa wohl noch ein Interesse (den Gegner zu chicaniren), aber kein rechtliches Interesse haben, die Aechtheit der Cessions-Urkunde noch fernerhin zu widersprechen, wenn sie von dem adzitirten Cedenten selbst anerkannt ist. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro 34. | Karlsruhe den 26. August 1843.

I.

Die in zwei gleichförmigen Administrativerkenntnissen praktisch gemachte Wahrheit: — der Geist belebt, der Buchstabe tödtet.

Im Jahre 1834 verehelichte sich N. N., welcher hierzu vermöge seines öffentlichen Verhältnisses, außer der Erwerbung eines Ortsbürgerrechtes für sich und seine Ehefrau, auch noch die besondere Staatserlaubniß nöthig hatte. Diese erfolgte, und das Bezirksamt seines damaligen Domiciliums stellte ihm darauf hin sogleich auch den Proklamationsschein aus, ohne vorerst zu prüfen, ob er für sich und seine Braut ein Ortsbürgerrecht, ob durch Geburt oder Annahme erworben habe, was keines Wegs der Fall war und wornach sich selbst erst die Competenz des einen oder andern Amtes zur Ausstellung dieses Scheines bestimmt hätte.

N. N. sah sich nicht veranlaßt, aus freien Stücken ein, mit seiner Ehefrau gemeinschaftliches, Bürgerrecht zu erwerben, und zwar um so weniger als er sich in die Heimathsgemeinde seiner Ehefrau, in welcher er damals seinen Wohnsitz hatte, nicht einkaufen wollte, und ihm die Veränderung seines öffentlichen Verhältnisses in Aussicht stand, in deren Folge er sein Domicilium in seine Heimathsgemeinde zu verlegen hätte, und für diesen Augenblick den Antritt seines angeborenen Bürgerrechtes und den bürgerlichen Einkauf seiner Ehefrau vorbehielt: diese in Aussicht gestandene Veränderung hat sich denn später auch verwirklicht, zu einer Zeit aber, als seine Ehefrau schon mit Tod abgegangen war und ihm drei minderjährige Kinder hinterlassen hatte. Mit diesen transdomizilirte er nunmehr auch in seine Heimaths-Gemeinde, und bewarb sich daselbst alsbald um den Antritt seines angeborenen Bürgerrechtes. Der Gemeinderath verfügte auf sein deßfallsiges Gesuch:

> dem Antritt des angeborenen Bürgerrechtes von Seite des Petenten steht zwar nichts im Wege, allein da seine Ehefrau in der diesseitigen Gemeinde kein angeborenes Bürgerrecht hatte, und drei Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, so kann dem Gesuch nur dann Statt gegeben werden, wenn Petent seine verstorbene Ehefrau nachträglich mit — in die Gemeinde einkauft.

Da nun N. N. es mehr als sonderbar fand, jemanden in eine Gemeinde einzukaufen, das nicht mehr am Leben ist, so rekurrirte er hiervon an das Amt, welches nach ausgeführtem Rekurse dahin entschied:

> der Gemeinderath ist zwar anzuweisen, den Beschwerdeführer in das Bürgerbuch einzutragen, da er nicht verhalten werden kann, das Einkaufsgeld für seine verstorbene Ehefrau zu bezahlen; daß dagegen aber auch seine Kinder nicht als Bürgerskinder zu betrachten, vielmehr gehalten sind, seiner Zeit das Bürgerrecht durch Annahme gegen Erlegung der geordneten Taxe zu erlangen.

Dieses beziehungsweise reformatorische Erkenntniß wollte den N. N. noch sonderbarer bedünken, als das des Gemeinderathes; allein ganz so wie das Amt dachte und entschied die Kreisregierung, an welche die Sache im weiteren Rekurswege gelangt war.

Die Entscheidungsgründe beider Rekursbehörden bestanden einstimmig in der wörtlichen Anwendung des §. 4 und 6 des Gesetzes: über die Rechte der Gemeindebürger und die Erwerbung des Bürgerrechtes.

Die Rekursbehörden sagten nämlich: Petent will für seine Kinder kein Bürgerrecht durch Annahme erwerben,

Digitized by Google

es kann für sie demnach nur ein solches durch Geburt erworben werden, §. 4 des Gesetzes.

Nach §. 6 haben die ehelichen Kinder aber nur da ein angeborenes Büegerrecht, wo ihr Vater zur Zeit ihrer Geburt, oder wenn er früher verstorben sein sollte, zur Zeit seines Absterbens Bürger gewesen ist. Petent ist aber zur Zeit der Geburt seiner Kinder nicht in der betreffenden Gemeinde*) Bürger gewesen, ergo — haben seine Kinder in dieser Gemeinde auch kein Bürgerrecht.

Gegen diese beiden Erkenntnisse vermochte sich NN. durch nachfolgende in den Rekursrechtfertigungen vorgebrachte Gründe wahrscheinlich deswegen nicht zu schützen, weil sie nicht in dem dürren Buchstaben liegen.

Es ist vor Allem angeführet worden, daß hier ein Fall vorliege, der an sich gesetzlich unmöglich sei, deßhalb für ihn das Gesetz keine Vorsorge oder vielmehr wörtliche Bestimmung hätte treffen können, weil er eben nach dem Gesetze nicht gedenkbar sei. Da er nun aber einmal — und zwar in Folge eines, auf die Gültigkeit der Ehe zwar ohne Einfluß bleibenden, Versehens von Seite der, das Aufgebot erlassen habenden, Behörde — in Wirklichkeit vorliege, und entschieden weeden müsse, so könne er nicht nach dem Buchstaben, er müsse nach dem Geiste des Gesetzes entschieden werden.

Mit Ausnahme der in §. 55 des angerufenen Gesetzes aufgeführten Personen, so wie der Standes- und Grundherrn könne und dürfe keinem Inländer die Heirathserlaubniß von einer inländischen Behörde ertheilt werden, bevor er für sich und seine Braut ein Ortsbürgerrecht erworben habe. Der Vater ehelicher Kinder müsse deßhalb gesetzlicher — sofort nothwendiger Weise entweder bei ihrer Geburt oder bei seinem Absterben, wenn dieses vor der Geburt erfolgt sei, ein wirkliches Bürgerrecht besitzen. Hieranf allein basire der angezogene §. 6, der das Gegentheil als etwas Unmögliches betrachte, in diesem Paragraphen also die Entscheidungsquelle für einen Fall nicht gesucht werden könne, welcher, obschon gesetzlich unmöglich, nun einmal dennoch vorliege.

Dieser Fall müsse deßhalb von dem Standpunkt des Gesetzgebers aus beurtheilt werden, d. h. der Entscheidende hätte aus dem Geiste der Gemeindeordnung zu entnehmen, wie nach diesem der gegenwäetige Fall, wenn er dem Gesetzgeber vorgelegen hätte, von diesem entschieden worden wäre, und auf diese Weise müsse er denn auch von den Rekursbehörden entschieden werden.

Nach §. 7 des Gesetzes sei bestimmt, daß uneheliche Kinder das Bürgerrecht in der Gemeinde erlangten, in welcher die Mutter zur Zeit der Entbindung angeborenes Bürgerrecht gehabt habe. Der Gesetzgeber habe hiermit an den Tag gelegt, daß auch das angeborene, noch nicht angetretene, Bürgerrecht des parens auf seine Kinder übergehe, in einem Falle — wie dies bei der unehelichen Kindschaft sei — in welchem der parens ein wirklich angetretenes Bürgerrecht nicht besitze oder nicht besitzen könne. Der Fall, in welchem ein wirkliches Bürgerrecht hätte erworben werden können, aber nicht erworben worden sei, weil nun einmal das Nichtgeschehene in das Geschehene nicht verwandelt weeden könne, sei in Bezug auf die daraus abfließende Sachlage ganz gleichbedeutend mit eben jenem Falle der unehelichen Kindschaft, in welchem ein wirkliches Bürgerrecht nicht hätte erworben werden können. Der Unterschied liege nur darin, daß wie die unehelichen Kinder der Mutter, so die ehelichen dem Vater folgten. Hieraus allein ergebe sich schon nach dem Geiste des Gesetzes, daß es die von inländischen, angeborenes Ortsbürgerrecht besitzenden, Eltern erzeugten, und respektive geborenen Kinder nicht als Heimathslose betrachten, sondern wenn auch kein angetretenes Bürgereecht vorliege, doch das angeborene auf die Kinder übertragen wolle.

In den Entscheidungsgründen zu beiden Rekurserkenntnissen ist nirgends gesagt, daß die fraglichen Kinder deßwegen kein Heimathsrecht hätten, oder haben sollten, weil ihre Mutter nicht mehr lebte, und deßhalb in die betreffende Gemeinde nicht mehr bürgerlich aufgenommen werden könnte. Im Gegentheile, sie verwerfen den deßfallsigen Grundsatz des Gemeinderathes, der in den Kindern gleichsam die Repräsentanten der Mutter erblickte, und deßwegen in Bezug auf diese den Einkauf der

*) Aber auch nicht in einer andern; und dies hätte die Rekursbehörden darauf führen sollen, daß allegirter §. 6 nicht bestimmt, wer in dem Lande irgend ein Ortsbürgerrecht habe, sondern neben der Unterstellung eines solchen nur sagt, in welcher Gemeinde dieses zu suchen und zu finden ist. Hier wo es sich aber um das Ortsbürgerrecht im Allgemeinen handelte, nämlich eben um das, was der allegirte §. 6 schon als unbestritten voraussetzt, hätte sofort an die Anwendung dieses Paragraphen gar nicht gedacht werden sollen.

Digitized by Google

Ersteren verlangte. Beide Erkenntnisse erklärten diese Forderung für unzuläßig, und sprachen die Heimathslosigkeit einzig und allein auf den Grund des allegirten §. 6 aus, weil einmal der Vater kein Bürgerrecht zur Zeit ihrer Geburt angetreten gehabt habe.

Hieraus folgt doch offenbar, daß, wenn auch die Ehefrau noch am Leben gewesen, und in das Ortsbürgerrecht der Heimathsgemeinde des Ehemannes eingekauft worden wäre, oder ihr selbst in der betreffenden Gemeinde angeborenes Bürgerrecht zugestanden hätte, nach den in Frage liegenden Erkenntnissen die Kinder dennoch heimathslos geblieben wären, weil hiermit der Buchstabe des §. 6 immer noch nicht darauf gepaßt hätte. Es hätte hiernach also Vater und Mutter gemeinschaftliches Ortsbürgerrecht besessen, ihre ehelichen Kinder aber mit Nichten. — Ja das Amt sprach sich sogar in diesem Sinne mit Bezug auf §. 15 des Gesetzes dahin aus, daß es freier Wille der Gemeinde sei, die Kinder gegen Erlegung des Einkaufsgeldes für ihre Mutter bürgerlich aufzunehmen.

Daraus geht auch hervor, daß die Erkenntnisse der Rekursbehörden ganz etwas anderes zu sagen scheinen, wenn man sie ohne die Entscheidungsgründe, und wenn man sie neben diesen ließt. Denn das Nichtschuldigsein zur nachträglichen Erlegung des Einkaufsgeldes ist darin in so enge Verbindung mit dem Nichtbürgersein der Kinder gestellt, daß man glauben sollte, durch die Erlegung desselben wachse diesen das Bürgerrecht zu. Allein es ist dem nicht so, da die Entscheidungsgründe mit Bezug auf §. 15 ausdrücklich anführen, daß es freier Wille der Gemeinde sei, gegen Erlegung des Einkaufsgeldes für ihre Mutter, die Kinder bürgerlich anzunehmen.

Es ist in den Rekursrechtfertigungen weiter gesag worden, daß nach §. 32 des Gesetzes die Kinder des Bewerbers, in so fern sie noch unter der väterlichen Gewalt stünden, durch seine Annahme Kraft Gesetzes das Bürgerrecht ebenfalls erhielten.

Es ist bemerkt worden, daß genannter §. 32 von dem Fremden (rücksichtlich der Gemeinde, in welche die Aufnahme verlangt werde) handle, und daß dieser sich vor dem, welcher bezüglich derselben Gemeinde angeborenes Bürgerrecht besitze, dadurch unterscheide, daß er viel härter gehalten sei, indem er neben dem Nahrungszweig noch ein bestimmtes Vermögen besitzen, einen guten Leumund haben und ein Einkaufsgeld entrichten müsse, was alles für den das angeborene Bürgerrecht Besitzenden nicht erforderlich sei (§. 10, 18 folgd.). Da nun selbst bei jenem die Kinder dem Vater folgten, so wäre es doch die größte, keineswegs aber zu unterstellende, Sonderbarkeit des Gesetzes, wenn der sonst überall vor jenem Begünstigte in diesem Punkte mit einem Male nachstehen und schlimmer als jener gehalten werden sollte. Hätte NN. in der genannten Gemeinde kein angeborenes Bürgerrecht gehabt, und sich um die Aufnahme beworben, so hätte diese, unter Voraussetzung der für seine Person erforderlichen Momente, für ihn und seine appendirten Kinder keinen Anstand gehabt, und doch hätte er dann härter gehalten werden und ein Einkaufsgeld erlegen müssen. Da er nun aber zu den Begünstigten gehörte, so sollte eben deßwegen von seinen Kindern keine Rede sein, weil hier der fatale Buchstabe des §. 6 im Wege steht, der allein wörtlich bestimmt, welche Kinder angeborenes Bürgerrecht und wo besitzen.

Allein abermals der Buchstabe ist oder war es, der ihn ohne Rücksicht auf §. 6 in diesem Punkte dem Fremden gegenüber zurückstellte; denn der §. 32 spricht ja ebenfalls auch nur von dem Fremden, wie kann er deßhalb auf den mit angeborenem Bürgerrechte Begabten, also den Nichtfremden eine Anwendung finden?

Es ist weiter vorgetragen worden, jeder Badner, vorbehaltlich der oben angeführten Ausnahmen, müsse bei seiner Verehelichung ein Ortsbürgerrecht erwerben, und dies geschehe, indem er entweder sein angeborenes Bürgerrecht antrete, oder in eine fremde Gemeinde sich einkaufe. Durch das letztere verliere er das angeborene Bürgerrecht in der Heimathsgemeinde, und erscheine ihr gegenüber von nun an als Fremder. Daraus folge, daß der, welcher nach abgeschlossener Ehe seine bürgerliche Niederlassung in irgend einer Gemeinde nehmen wolle, immerhin als Fremder erscheine, und die Antretung des angeborenen Bürgerrechtes nach einmal abgeschlossener Ehe überall gesetzlich nicht gedenkbar sei, weil dies entweder schon angetreten, oder aber durch Niederlassung in einer dritten Gemeinde verzogen sei.

Darum habe die Gemeindeordnung in §. 32 nur von dem Fremden in dem Falle reden können, wenn Kinder unter seiner väterlichen Gewalt stünden, von dem Nichtfremden habe sie nicht sprechen können, weil die Mög-

Digitized by Google

lichkeit für ihn, sich in einem solchen Falle zu befinden, gesetzlich ausgeschlossen sei.

Es ist hier demnach wiederholt angeführt worden, daß der vorliegende Fall, der, obgleich gesetzlich unmöglich, nun doch einmal in facto vorliege, nach dem Geiste des §. 32 entschieden werden müsse, nach welchem ihn sicherlich der Gesetzgeber entschieden haben würde.

Eben so hat man sich auf den §. 17 des Gesetzes bezogen, welcher ganz deutlich und bestimmt sagt: daß durch die Aufnahme des Vaters die unter seiner Gewalt befindlichen Kinder ebenfalls das Bürgerrecht erwerben.

Allein auch dieser Paragraph fand keine Anwendung, weil er ebenfalls nur wieder von dem Fremden spricht, und er kann um so weniger angewendet werden, als in seinen Schlußworten gesagt ist: daß eben diese Kinder durch solche Erwerbung jenes Bürgerrecht verlieren, das ihnen bisher in einer anderen Gemeinde zugestanden hat, während denen in Frage stehenden Kindern in einer anderen Gemeinde ein solches doch noch nicht zugestanden hatte. Deßwegen konnte er ja allein schon hier keine Anwendung leiden! —

Selbst aus den §§. 73 und 76, welche von den Heimathlosen handeln, hätte die Entscheidung für den vorliegenden Fall gezogen werden können und müssen; denn nach der wörtlichen Bestimmung des §. 76 erhalten die unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder eines Heimathlosen das Einsassenrecht in jener Gemeinde, welcher ihr Vater zugewiesen worden ist oder wäre, wenn er sich noch am Leben befunden hätte.

Ein gewisses Verhältniß (§. 73) des Heimathlosen zu einer Gemeinde gibt diesem die Befugniß, in dieser das Einsassenrecht zu verlangen, und das, was ihm zusteht, steht kraft Gesetzes und folgeweise auch den unter seiner Gewalt befindlichen Kindern zu. Steht nun, wie in dem vorliegenden Falle, dem Vater ein angeborenes Bürgerrecht rücksichtlich einer gewissen Gemeinde zu, so muß dieses bessere Recht ebenso auch seinen minderjährigen Kindern zustehen, weil der §. 76 ebenfalls wieder zeigt, daß diese Art von Rechten, wenn sie dem Vater beiwohnen, eben deßhalb auch seinen minderjährigen Kindern zustehen, und es auf den Umfang des Rechtes nicht ankommen kann, wenn es sich um die Erstreckung desselben von Seite des Vaters auf seine Kinder handelt.

Was das Gesetz (§. 17 und 32) in Bezug auf den Fremden bindet, schien der Gemeinderath in seinem Erkenntnisse auch rücksichtlich des Einheimischen binden zu müssen, da er dem NN. eben in Rücksicht der Kinder die nachträgliche Entrichtung des Einkaufsgeldes für die Verstoebene auferlegte, und hiervon den Antritt seines eigenen Bürgerrechtes abhängig machte.

Der Gemeinderath hat aus diesem Grunde wenigstens schon das Verdienst für sich, daß er aus dem Geiste des Gesetzes entnehmen zu müssen glaubte, daß, wenn der Vater das Bürgerrecht antrete, solches kraft Gesetzes, auch in dem vorliegenden Falle, für welchen das Gesetz eine wörtliche Vorsorge nicht habe treffen können, auf die seiner Gewalt unterstehenden Kinder übergehe, weßhalb er diese von ihm nicht trennen, sondern nur den nachträglichen Einkauf für die Todte verlangen zu dürfen glaubte.

Daß übrigens NN. zur Zahlung des Einkaufsgeldes seiner verstorbenen Ehefrau durch beide Rekursbehörden nicht verurtheilt worden ist, davon liegt der Grund wohl nur darin, weil auch dieses nicht wörtlich in der Gemeindeordnung steht. Würde es aber darin stehen und NN. deßhalb dazu angehalten worden seyn, so würden beide Behörden dennoch den Kindern, wie schon oben bemerkt, das Bürgerrecht versagt haben; denn die §§. 4. 6. 17. 32 verfügten ja immer noch nicht wörtlich, daß es ihnen zustehe.

Man hat versucht gegen das Erkenntniß der Kreisregierung dem Rekurs zum Großherzoglichen Ministerium des Innern Eingang zu verschaffen; allein vergebens, er wurde in formeller Beziehung, d. h. als nicht zulässig verworfen. Dr. Kreitler.

Anmerkung der Redaktion.

Bei der Fassung des Gesetzes ging man davon aus, daß in Bezug auf die Frage, was das Bürgerrecht des Vaters auf jenes der Kinder für eine Wirkung habe? — nur zwei Fälle möglich seien: 1) entweder war der Vater zur Zeit, als das Kind geboren wurde, in der Gemeinde schon Bürger, und 2) oder er wurde erst später Bürger. Einen dritten Fall gibt es nicht, in sofern überhaupt von einem Bürgerrechte des Vaters die Rede ist, welches auf die Kinder fortwirken soll.

Von dem ersten der beiden Fälle spricht der §. 6 und vom zweiten der §. 32 des Gesetzes. Ist nämlich der

Vater zur Zeit der Geburt des Kindes in der Gemeinde schon Bürger gewesen, so soll seinen ehelichen Kindern nach §. 6 ein angebornes Bürgerrecht zukommen. Hat der Vater erst später das Bürgerrecht erworben, so kommt dasselbe eben damit nach §. 17 und 32 den noch unter seiner Gewalt befindlichen Kindern zu, während die gewaltsentlassenen Kinder in ihrem alten bürgerlichen Zustande bleiben.

Der Zweifel kommt nun nur daher, weil hinsichtlich derjenigen, welche zur Zeit der Geburt der Kinder Bürgerrecht in der Gemeinde hatten, unterschieden wird, ob sie dasselbe bereits angetreten hatten, oder nicht. Nach dem Wortlaute des §. 6 ist zwar ein solcher Unterschied nicht zu machen, allein die §§. 1 und 44 führen auf eine solche Unterscheidung.

Nach dem §. 1 Nr. 7 hat der Gemeindebürger „das Recht, in der Gemeinde, deren Bürger er ist, durch Heirath eine Familie zu gründen"; dieses Recht gehört aber nach dem Schlußsatze des §. 1 nicht unter diejenigen, die auch demjenigen zustehen, der sein angeborenes Bürgerrecht noch nicht angetreten hat, und nach §. 44 sind die Wirkungen des Bürgerrechts im Allgemeinen durch dessen Antritt bedingt. Mit Vorbehalt der im Schlußsatze des §. 1 enthaltenen Ausnahmen ist also derjenige, der sein angeborenes Bürgerrecht noch nicht angetreten hat, noch gar nicht als Bürger zu betrachten.

Aus dem gleichen Grunde hat das Großherzogliche Staatsministerium durch Beschluß vom 23. März 1836. Nr. 558 einer ähnlichen Stelle im §. 55 eben dieselbe Auslegung gegeben, daß nämlich das angeborene Bürgerrecht eines Staatsdieners in Bezug auf seine Kinder nur dann von Wirkung sei, wenn er dasselbe angetreten habe. M. s. Christs bad. Gemeindegesetz S. 191 §. 55 Note 3.

In gleicher Weise hat, wie aus Christs Note zum §. 59 hervorgeht, das Ministerium d. Innern unterm 18. Oktober 1842. Nr. 10,880 in Bezug auf andere Angestellte, die nicht Staatsdiener sind, und gleichwohl einer besonderen Staatserlaubniß zum Heirathen bedürfen, die Entscheidung gegeben, daß ihr angeborenes Bürgerrecht nur insofern auf die Kinder übergehe, als sie dasselbe wirklich angetreten, und dadurch das Recht, eine Familie in der Gemeinde zu gründen, erst erworben haben.

Diese Entscheidung beruht also auf demselben Prinzipe, wie die im obigen Aufsatze angefochtene; und ich halte diese Entscheidungen auch für richtig.

Wendet man den §. 6 auch auf denjenigen an, der zur Zeit, als sein Kind geboren wurde, in der Gemeinde wohl ein angeborenes aber noch nicht angetretenes Bürgerrecht hatte, so wird das Gesetz umgangen: derjenige, der das angeborene Bürgerrecht nicht angetreten hat, würde die im §. 1 Nr. 7 angeführte, durch das Gesetz doch an den Bürgerrechts-Antritt geknüpfte, Wirkung desselben erlangen, und er hätte dabei auch noch das Einkaufsgeld der Frau, insofern er eine Fremde heirathete, umgangen.

Das Gesetz verordnet nirgends, daß Jedermann im Staate auch Bürger einer Gemeinde sein müsse; deßwegen schreibt dasselbe auch nirgends vor, daß jeder, der überhaupt heirathen wolle, in einer Gemeinde Bürger sein, beziehungsweise sein Bürgerrecht antreten müsse, wenn gleich Disziplinarordnungen in dieser Beziehung Fürsorge treffen, um einer Vermehrung von Bürgerrechtslosen zu begegnen.

Nach dem Gesetze stünde also nichts im Wege, daß jemand, auch ohne Gemeindebürger zu sein, oder sein angeborenes Bürgerrecht anzutreten, gleichwohl durch Heirath eine Familie gründe; nur wenn er eine solche Familie in der Gemeinde gründen, d. h. für sie das Bürgerrecht nach §. 6 in der Gemeinde begründen will, muß er nach §. 1 vorerst Gemeindebürger werden, beziehungsweise sein angeborenes Bürgerrecht antreten. Seine Ehe ist auch ohne die letztere Voraussetzung giltig, aber sie hat in Bezug auf das Bürgerrecht seiner Familie, namentlich der Kinder, nicht die nämliche Wirkung, wie wenn die Erwerbung, beziehungsweise Antretung des Bürgerrechts vorausgegangen wäre.

Der Absicht des Gesetzes kann es wohl nicht entsprechen, daß derjenige, welcher nach Maaßgabe des Gesetzes (mittelst Erwerbung oder Antretung des Bürgerrechts für sich und seine Frau) in der Gemeinde eine Familie gründet, für seine Kinder gerade nur die nämlichen Rechte erwerben soll, wie derjenige, der überhaupt nur als Staatsbürger heirathet, ohne sein angeborenes Gemeindebürgerrecht anzutreten, und ein solches für seine Frau zu erwerben.

Die in obigem Aufsatze aufgestellten Analogien scheinen nicht entscheidend zu sein.

Digitized by Google

Was die unehlichen Kinder (§. 7) betrifft, so sind sie nicht in gleicher Lage, wie diejenigen, deren Vater absichtlich nicht als Gemeindebürger, sondern nur als Staatsbürger geheirathet und damit auf das Gemeindebürgerrecht für seine Kinder gewissermaßen verzichtet hat. Man mußte die einer gemeindebürgerlichen Frauensperson angehörigen unehelichen Kinder, hinsichtlich deren ein gleicher Verzicht, oder eine gleiche freiwillige elterliche Regelung der bürgerlichen Verhältnisse nicht vorliegt, eben so behandeln, wie Kinder aus einer gemeindebürgerlichen Ehe, wenn man nicht hart gegen sie sein wollte.

Die Vorschriften wegen der Heimathlosen (§. 76) beruhen nicht nur auf dem Gesichtspunkte des dem Zugewiesenen zustehenden Rechts, sondern mehr auf der (in Bezug auf das wirkliche Bürgerrecht nicht vorhandenen) Nothwendigkeit, daß irgend eine Gemeinde den Heimathlosen aufnehme, und daß also unter den verschiedenen, auch nur entfernt betheiligten, Gemeinden eine Auswahl getroffen werden muß, weßhalb hier die Kindschaft eher ein Anweisungsgrund sein kann, als in Bezug auf das Bürgerrecht der Kinder desjenigen, welcher aus freien Stücken nicht als Gemeindebürger, sondern nur als Staatsbürger geheirathet hat.

Auch die Bestimmung der §§. 17 und 32, daß die noch unter väterlicher Gewalt befindlichen Kinder desjenigen, der sich in das Bürgerrecht einkauft, ohne besonderes Einkaufsgeld auch für sich das Bürgerrecht erlangen, bietet keine entscheidende Analogie dar. Wer das Einkaufsgeld bezahlt, kauft damit das Bürgerrecht, und der Kaufpreis ist nun für ihn und für die Kinder zusammengenommen vom Gesetze als genügend erachtet. In dem oben erzählten Falle hat aber der Vater das Bürgerrecht nicht gekauft, sondern er wollte es nur antreten. Letzteres kann aber nur von Seiten desjenigen geschehen, der ein angebornes Bürgerrecht besitzt, also nicht von Seiten der Kinder desjenigen, der, ohne selbst erst sein Bürgerrecht anzutreten, nur als Staatsbürger geheirathet hat.

Zahlt der Vater aber das, was er sogleich anfänglich hätte bezahlen müssen, um eine Familie in der Gemeinde (d. h. eine gemeindebürgerliche Familie) zu gründen, so kann es nach meiner Ansicht keinem Anstande unterliegen, daß er jetzt auch für seine noch nicht gewaltsentlassenen Kinder das Bürgerrecht erwerbe.

Der Wittwer, welcher sich in das Bürgerrecht einkauft, erwirbt dasselbe zwar auch für die seiner Gewalt noch unterworfenen Kinder, ohne daß er für diese oder für seine verstorbene Frau ein besonderes Einkaufsgeld zu zahlen hätte; allein wenn er das Bürgerrecht nicht erst durch Zahlung erwerben, sondern dasselbe als ihm schon angeboren nur antreten will, so kann er dies nur für sich und nicht auch für seine Kinder, da der Antritt eines Bürgerrechts dessen vorheriges Daseyn voraussetzt, diese Voraussetzung aber bei den Kindern nicht vorhanden ist. Zahlt der Wittwer aber für seine verstorbene Frau das Einkaufsgeld, so ist dies nicht der bürgerliche Einkauf einer Verstorbenen, sondern nur die Nachzahlung dessen, was er nach dem Gesetze schuldig war, wenn er für seine Familie das Bürgerrecht begründen wollte. Soll der Akt zurückwirken auf die Kinder, welche aus der schon aufgelösten Ehe hervorgegangen sind, so hat die Zahlung auch nachträglich so zu geschehen, wie sie zur Vorausbegründung des Rechts dieser Kinder schon anfänglich zu leisten gewesen wäre.

Die Red.

II.

Ueber die Nothwendigkeit des Zuzugs von Urkundspersonen in Kriminalsachen nach Badischem Proceßrechte.

Der Herr Verfasser der Abhandlung über die Rechtsmittel der Restitution und Cassation in Strafsachen in den Annalen vom Jahr 1841 Nr. 34 stellt auf Seite 242 unter Nr. 2a den Satz auf, daß bei Augenscheinen und Legalinspektionen zwei Urkundspersonen beizuziehen seien, und nimmt an, daß bei Umgehung dieser Vorschrift der Akt der Besichtigung keinen Glauben verdiene, und daß deßhalb ein auf denselben gebautes Urtheil nichtig sei, wenn anders dadurch die Vertheidigung des Angeschuldigten beeinträchtigt oder abgeschnitten werde.

Diese Ansicht wird auf die §§. 1—4 und 36 der Legalinspectionsordnung (vom 28. September 1803) gegründet, allein sie findet in der bestehenden Gesetzgebung ihre Rechtfertigung wohl nicht und dürfte sich auch dem Gesetzgeber nicht empfehlen.

Digitized by Google

Die Badiſche Strafproceßordnung beſteht bekanntlich dermalen aus der durch das Strafedikt (8te Organiſationsedikt vom 4. April 1803) und einige ſpecielle Geſetze und Verordnungen modificirten gemeinrechtlichen Proceßordnung, d. i. den Proceßvorſchriften, welche die durch die Praxis den Bedürfniſſen der Zeit angepaßte Carolina enthält.

Die Vorſchriften des Verfahrens in Criminalſachen ſind hiernach in Baden aus dem Strafedikt und den ſpecielen Geſetzen und Verordnungen, und erſt, wenn dieſe Quellen keine oder nicht hinreichende Normen liefern, aus dem gemeinen Proceßrechte zu ſchöpfen.

Ueber den Beizug von Urkundsperſonen enthält das Strafedikt eine ſpecielle Vorſchrift in §. II. Nr. 2 und 3, indem es verordnet:

> 2. Unſere Hofgerichte ſind die urtheilenden und unſere Beamten in ihrem Bezirke die unterſuchenden Richter in höhern oder peinlichen Strafſachen, und bedürfen dabei einiger Schöffen oder Urkundsperſonen gewöhnlich nicht; jedoch ſind
>
> 3. außerordentlicherweiſe Urkundsperſonen nöthig
>
> a. zum Schlußverhör in Unterſuchungen ſolcher Verbrechen, worauf mehr, als zweijährige Zuchthausſtrafe im gelindeſten Falle folgen muß;
>
> b. wenn der Unterſuchungsrichter keinen Schreiber hätte, und mithin das Protokoll ſelbſt führte.

Dieſen beiden Fällen fügt die Legalinſpectionsordnung in §. 4 den weitern Fall bei, daß zur gerichtlichen Beſichtigung einer anſcheinend oder wirklich todt gefundenen Perſon und der Oertlichkeiten, wo dieſelbe gefunden wurde, ſo wie zur Leichenöffnung, wo dieſe geſetzlich nöthig, zwei Urkundsperſonen beizuziehen ſeien.

Die Bezeichnung „Legalinſpection" kann nach der badiſchen Gerichtsſprache nicht für eine jede, durch das Unterſuchungsgericht zu veranſtaltende Beſichtigung gebraucht werden, (obwohl eine jede derartige Beſichtigung eine legale ſein ſoll) ſondern nur für die Fälle, in welchen eine Perſon Gegenſtand einer von dem Unterſuchungsgerichte und dem Phyſikate, oder von letzterem allein zur Feſtſtellung eines Vergehens vorzunehmenden Beſichtigung iſt. L. J. O. §. 1, 28, 35 und 36.

Nur bei anſcheinend oder wirklich todt gefundenen Perſonen muß die Legalinſpection durch das Unterſuchungsgericht, in Verbindung mit dem Phyſikat vorgenommen werden; bei Perſonen, welche ohne auf der Stelle todt zu ſein, ſchwer verwundet werden, genügt es, wenn der Phyſikus und der Amtschirurg allein die Legalinſpection vornehmen. L. J. O. §. 28.

Die drei oben erwähnten Fälle ſind die einzigen, in welchen nach der dermaligen Badiſchen Criminalproceßordnung Urkundsperſonen beigezogen werden müſſen. Sie ſtellen ſich als Ausnahmen von der geſetzlichen Regel des §. 2 Nr. 2 des Strafedikts dar, und es kann deßhalb eine allgemeine Norm für alle Beſichtigungen, welche das Unterſuchungsgericht vornimmt, daraus nicht abgeleitet werden.

Es läßt ſich daher weder aus der L. J. O. noch aus dem Strafedikte, oder einer andern geſetzlichen Quelle die Behauptung rechtfertigen, daß kein gerichtlicher Augenſchein in einer Unterſuchungsſache und keine Legalinſpection, ohne Urkundsperſonen vorgenommen, vollen Glauben verdiene; dieſe Behauptung iſt vielmehr auf gerichtliche Beſichtigungen von ſcheinbar oder wirklich todten Perſonen und der Oertlichkeiten, an denen ſie gefunden wurden, zu beſchränken.

Zu Augenſcheinen, durch welche z. B. der Thatbeſtand gefährlicher Diebſtähle und dergleichen conſtatirt werden ſoll, iſt der Beizug von Urkundsperſonen geſetzlich nicht nöthig, und es muß daher auch das, nur von dem Unterſuchungsrichter und ſeinem beeidigten Aktuar aufgenommene Augenſcheinsprotokoll, wenn ihm ſonſt nichts entgegenſteht, vollen Glauben finden. In der Praxis pflegt man zwar auch in Fällen der letztern Art Urkundsperſonen beizuziehen, allein zum Ueberfluß, sed superflua non nocent.

Die von dem Phyſikus und Amtschirurgen beurkundete Legalinſpection eines ſchwer Verwundeten muß ebenfalls vollen Glauben genießen, wenn auch keine Urkundsperſonen anweſend waren.

Der Beizug von Urkundsperſonen bei Legalinſpectionen, durch welche der Thatbeſtand des Vergehens einer heimlichen Geburt oder der Nothzucht conſtatirt werden ſoll, iſt ſogar (mit gutem Grunde) verboten. L. J. O. §. 35 und §. 36.

Fr. Schenkh.

Digitized by Google

III.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Auslegung des Landrechtsatzes 1230.

Die Gemeinde Schönach hatte dem Zimmermeister Christian Weiner in Prechthal am 18. Mai 1836 die Erbaunng eines Schulhauses in Werkoerding gegeben. Im Vertrage war bedungen, daß das Gebäude bis zum 1. November 1836 vollendet seyn müsse,

„widrigenfalls dem Akkordanten für jeden weitern Tag, bis das Gebäude vollendet sein werde, 3 fl. an der Akkordsumme abgezogen würden."

Die Gemeinde wollte nun dem Weiner für 9 Monate, da das Gebäude erst am 1. August 1837 vollendet und übergeben worden sei, im Ganzen 810 fl. (nämlich für 1 Tag 3 fl. oder für 1 Monat 90 fl.) abziehen.

Unter den Einwendungen, welche Weiner hiegegen erhob, war die wichtigste die, daß er nicht in Verzug gesetzt worden sei, die Konventionalstrafe nach S. 1230 also von ihm nicht gefordert werden dürfe.

Insbesondere dieser Grund war es, aus welchem das Hofgericht des Oberrheinkreises durch Urtheil vom 7. April 1842. Nr. 1957 den fraglichen Abzug für unstatthaft erklärte. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist hierüber gesagt:

„Was die Frage anbelangt, ob in dem Falle, wo für die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit innerhalb der vertragsmäßig bestimmten Zeit — eine, mit jedem Tage wachsende und bis zu dem Tage der vollständig geschehenen Erfüllung fortlaufende Strafe bedungen ist, nicht schon die Thatsache des Ablaufs der Zeit allein genüge, um das Strafgeding für jeden Tag der Verspätung in Wirksamkeit zu setzen, oder ob auch hier, wie in allen Fällen, wo auf Entschädigung wegen verzögerter Erfüllung einer Verbindlichkeit geklagt wird (L. R. S. 1142 und 1146), eine Verzugsetzung des Schuldners nothwendig sei, so bestimmt der Art. 1230 des Landrechts ausdrücklich, daß die Strafe nicht verwirkt sei, ehe der schuldige Theil in Verzug ist. Nun hat man zwar dieses Gesetz auch schon so auslegen wollen, als ob der Ausdruck „in Verzug sein" einen Gegensatz bilde gegen den Ausdruck: „in Verzug gesetzt sein," wie solcher in den Sätzen 1146 und 1139 vorkommt, und dieser Gegensatz sollte alsdann dazu dienen, den Schluß zu begründen, daß zur Wirksamkeit des Strafgedings weiter nichts gehöre, als nur die Thatsache, daß die Verbindlichkeit, worauf es sich bezieht, in der bedungenen Zeit nicht erfüllt worden ist."

(Brauer Erläuterungen zu S. 1230.)

„Allein die Unterscheidung zwischen den Worten „in Verzug ist" und „in Verzug gesetzt ist" hat offenbar keinen gesetzlichen Grund, und ist für die Auslegung ohne alle praktische Bedeutung; denn wenn man den Satz 1138, wo sich der Ausdruck „in Verzug ist" auch findet, mit dem nachfolgenden Artikel vergleicht, so überzeugt man sich aufs unwidersprechlichste, daß jene Ausdrücke keine Gegensätze bilden, und keine nebeneinander bestehenden Zustände andeuten, sondern, daß sich die Bestimmung des Art. 1138, und so also auch des Art. 1230 zu jenem des Satzes 1139 so verhält, wie eine Bedingung zu ihren Erfordernissen. Während nämlich dort gesagt ist, daß jemand, wenn gegen ihn eine gewisse Rechtsfolge eintreten soll, im Verzug sein müsse, kommt der letzterwähnte Satz hinzu, und bestimmt, was man unter „Verzug" zu verstehen habe, und was dazu gehöre, damit behauptet werden könne, daß dieser Zustand vorhanden sei.

„Es ist also gesetzlich unmöglich, daß jemand in Verzug sein könne, ohne darein gesetzt zu sein. Wenn daher nach Satz 1230 der Verzug eine Bedingung ist, ohne welche niemals ein Strafgeding zur Wirksamkeit gelangen kann, so heißt dies in Verbindung mit Satz 1139 nichts anderes, als daß eben hier wie überall, wo aus dem Grunde einer verzögerten Vertragserfüllung geklagt oder gefordert wird, behauptet und nachgewiesen werden muß, entweder daß der Schuldner, welcher zu erfüllen hat, in der dort vorgeschriebenen Art gemahnt, oder daß in dem Vertrag selbst bestimmt worden sei, daß er schon durch die bloße Erscheinung des Tages, ohne daß es weiterer Handlung bedarf, in Verzug sein soll."

„So wie man demnach schon durch den bloßen Wortverstand des Gesetzes, und durch die bloße Festhaltung des gesetzlichen Begriffs des Verzugs auf dieses Resultat geführt wird, so kommt man zu ganz dem nämlichen Ziel auch dann, wenn man, den Weg der logischen Auslegung verfolgend, von den Grundsätzen ausgeht, durch welche der Gesetzgeber die Folgen nicht, oder nicht rechtzeitig geschehener Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten bestimmt hat; denn ist nach Satz 1229 die von den Parteien für solchen Fall bedungene Strafe, ihrem rechtlichen Wesen nach, weiter nichts als eine zum Voraus vertragsmäßig festgesetzte Entschädigung, so kann es nicht fehlen, daß auf sie auch die Regel des Satzes 1146 anwendbar sein muß, wonach Entschädigung nur dann gefordert werden kann, wenn der Schuldner wegen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten in Verzug gesetzt ist, also nur dann, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, von welchen im Satz 1139 gehandelt wird."

„So und nicht anders haben auch die neuern Ausleger des Gesetzes den Art. 1229 und 1230 verstanden."

(Vergl. Zachariä. Franz. Civilrecht. Aufl. IV. §. 310 und §. 308. Duranton II. 640).

„Es behauptet nun aber die Beklagte nicht, daß in dem Vertrag, wodurch sich der Kläger verbindlich machte, den Schulhausbau zu Schönach herzustellen, und bis zum 17. November 1836 zu vollenden, bestimmt worden sei, daß er durch das bloße Erscheinen dieses Tages, ohne daß es weiterer Handlung bedarf, in Verzug sein soll." Y.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro 35. Karlsruhe den 2. September 1843.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

1) Ein Bannrecht, welches auf allen Einwohnern einer Gemarkung lastet, kann gegen die Gemeinde klagend verfolgt weeden;

2) ein Vertrag zwischen der frühern Herrschaft und einem Müller, wodurch diesem ein Bannrecht verkauft wird, ist gegen die Gemeinde nicht verbindlich, wenn sie dabei nicht mitgewirkt hat;

3) Verjährung von Banneechten.

(Müller gegen Wutöschingen).

Am 14. Februar 1718 kaufte der Müllermeister Hans Martin Osterdinger in Wutöschingen von der Fürstlich Schwarzenbergischen Regieeung der Landgrafschaft Klettgau eine Mühle. Im Art. 7 des Kaufvertrags sind die mit der Mühle verbundenen Geeechtigkeiten beschrieben, wobei gesagt ist:

„Seynd die Gemeinden Wutöschingen und Schwerzen nicht nur in diese Mühle zu fahren gezwungen, sondern auch schuldig nnd verbunden, da es die Nothdurft erfordert, und die Arbeit duech die drei Mühlen selbst als Rauhenthal, Tegernau und Oeschingen mittelst von jedem Ort hergebender zwei oder drei Personen nicht verrichtet werden kann, deroselben zu frohnen, dergestalten jedoch, daß, wenn oberhalb der Rauhenthaler Mühle an dem Wur oder Wuhrgraben etwas zu machen ist, sie, die Mühle Oeschingen, jedem Arbeiter des Tags fünf Batzen, wenn aber unter deeselben eine Reparation oder Arbeit vorfallt, allein das Brod, wie bisher üblich gewesen, unentgeltlich zu reichen hat."

Diese im Jahr 1718 von Hans Martin Osterdinger erkaufte Mühle zu Wutöschingen ist gegenwärtig im Besitze des Jakob Müller daselbst.

Nach dee Behauptung des Letztern haben er selbst und seine Vorfahrer das der Mühle anklebende Bannrecht von jeher ausgeübt, und die pflichtigen Gemeinden Wutöschingen und Schwerzen es sich immer gefallen lassen, bis am Ende des Jahrs 1839 wo die angebliche Rechtsurkunde von 1718 nach Satz 710 h. h. verglichen mit 710 f. c. eeneuert werden sollte.

Auf Veranlassung des Jakob Müllee versammelte nämlich der Theilungscommissär Zimmermann am 31. Dezember 1839 den Gemeinderath von Wutöschingen und jenen von Schwerzen, er legte den Kaufbeief vom 17. Febrnar 1718 vor, und fertigte die Erneuerungsurkunde; allein die Gemeinderäthe erklärten, sie müßten, ehe sie eine Anerkennung niedeelegen, vorerst die Gemeinden selbst darüber vernehmen. Außerdem verweigerten die Gemeinderäthe auf dem vom Theilungscommissär aufgenommene Akte ihre Unterschrift, der Akt wurde daher nur vom Theilungscommissär selbst beurkundet.

Da von Seiten der Gemeinden keine Anerkennung zu erzielen war, so übergab Müller am 13. März 1840 bei dem Bezirksamt Waldshut eine Klage gegen die Gemeinden Wutöschingen und Schwerzen, worin er vortrug, daß und wie sein Vorfahrer Hans Martin Osteedinger am 14. Februar 1718 die Mühle von der Herrschaft Schwarzenberg mit allen Rechten und Gerechtigkeiten gekauft habe, und daß unter diesen Gerechtigkeiten namentlich das obenerwähnte Bannrecht mit den bezeichneten Frohnden gehöee.

Dabei ist bemerkt, der Banngerechtigkeit sei

„von den Eingesessenen der Gemeinden Wutöschingen

Digitized by Google

und Schwerzen bis zum 31. Dezember 1831 Genüge geleistet worden."

Der Kläger erzählt ferner, wie es am 31. Dezember 1839, als der Theilungscommissär Zimmermann die Erneuerungsurkunde aufnahm, zugegangen sei. Er bemerkt dabei, daß die jetzi[illegible]

„Verweigerung der Anerkennung einer Jahrhunderte hindurch ununterbrochen, öffentlich, ruhig, und unzweideutig bestandenen, auf voll- und rechtsgiltig beschaffene Eigenthumsurkunden sich stützenden Banngerechtigkeit im Sinne des Satzes 710 h. a. im wirksamen Bestande dieses Bannrechts auch für die Zukunft eine Aenderung resp. Befreiung von dieser Bannpflicht dem jetzigen Kläger als Mühleneigenthümer gegenüber nicht hervorbringen könne."

Das Klagbegehren geht dahin, daß die beklagten Gemeinden für schuldig erklärt werden,

„die ihnen, resp. ihren Ortseinwohnern, obliegende Bannpflichtigkeit zur Wutöschinger Mühle, und also gegen den jetzigen Kläger Jakob Müller, als Eigenthümer der besagten Bannmühle dadurch anzuerkennen, daß sie künftig, wie bisher, mit dem für sich und ihre Angehörigen zum Hausgebrauch erforderlichen Bedürfniß an zu vermahlender Frucht jeder Art die Bannmühle in Wutöschingen befahren, und überhaupt alle übrigen, ihnen nach Inhalt der Klage obliegenden Real- und Personalleistungen gegen den Kläger erfüllen, bei Vermeidung von Strafe und Schadenersatz in Weigerungs- und Uebertretungsfällen."

Die Bevollmächtigten der beklagten Gemeinden widersprachen, daß die Schwarzenbergische Regierung die fragliche Mühle mit Banngerechtigkeit und Frohndzwang zum Nachtheil der Beklagten habe verkaufen können, und daß des Klägers Vorfahrer diese Rechte wirklich gekauft haben. Wenigstens haben die Gemeinden jene Gerechtigkeiten nie anerkannt.

Außerdem erhoben die Beklagten noch verschiedene Einwendungen, auf welche bei der ergangenen Entscheidung keine Rücksicht genommen wurde, weßhalb sie hier umgangen werden können. Nur ist zu erwähnen, daß die Beklagten in der Duplik erklärten: die Banngerechtigkeit wäre nach Satz 710 h. h. verglichen mit Satz 710 f. c. und nach der Verordnung vom 23 Juli 1810 in Verbindung mit jener am 13. August 1824 wegen mangelnder Erneuerung, welche vor dem ersten Januar 1825 hätte geschehen müssen, jedenfalls längst erloschen.

Am 17. Juni 1840 gab das Bezirksamt einen Zwischenbescheid, wodurch dem Kläger der Beweis auferlegt wurde:

„I. daß er resp. sein Vorfahrer Müller Hans Martin Osterdinger in Rauenthal am 14. Februar 1718 die Mahlmühle zu Wutöschingen von der damaligen fürstlich schwarzenbergischen Regierung als Eigenthum, mit allen, genannter Herrschaft selbst bis dorthin darauf zugestandenen Rechten, Gerechtigkeiten und Freiheiten käuflich erworben hatte,

II. daß nach der über fraglichen Kauf aufgenommenen Urkunde, die Gemeindebürger in Schwerzen und Wutöschingen namentlich gehalten seien, in die in letzterem Orte befindliche Mühle zu fahren, und ihr im Nothfalle, besonders an dem Wuhrgraben, Frohndienste zu leisten, endlich

III. daß Kläger sich zur Erneuerung seiner behaupteten Rechtsurkunde vom 14. Februar 1718 noch vor dem 1. Januar laufenden Jahres, bei Großherzoglichem Amtsrevisorat gemeldet habe."

Der Kläger trat seinen Beweis lediglich allein durch die Vorlage der (mit keiner Unterschrift, wohl aber mit einem Siegel versehenen) Kaufsurkunde vom 14. Februar 1718, und durch die vom Theilungscommssär aufgenommene Urkunde vom 31. Dezember 1839 an.

Die letztere Urkunde wurde von den Beklagten als ächt anerkannt, und ebenso anerkannte der Bürgermeister Dietsch von Schwerzen die Urkunde vom 14. Februar 1718 als das, wofür sie ausgegeben wurde, wogegen der Bevollmächtigte der Gemeinde Wutöschingen sie nicht für das ansah, wofür sie ausgegeben wurde.

Am 26. Februar 1841 gab nun das Bezirksamt folgendes Erkenntniß:

„die beklagten Gemeinden Wutöschingen und Schwerzen seien, unter Verfällung in sämmtliche Kosten dieses Streites, schuldig, die ihnen resp. ihren Ortseinwohnern obliegende Bannpflichtigkeit zur Wutöschinger Mühle, und also gegen den jetzigen Kläger Jakob Müller als Eigenthümer der besagten Bannmühle dadurch anzuerkennen, daß sie künftig, wie bisher, mit dem für sich und ihre Angehörigen zum Hausgebrauch erforderlichen Bedürfniß an zu vermahlender Frucht

Digitized by Google

jeder Art, die Bannmühle zu Wutöschingen befahren, und überhaupt alle übrigen, ihnen nach Inhalt der Klage obliegenden Real- und Personalleistungen gegen den Kläger erfüllen, bei Vermeidung von Strafe und Schadenersatz in Weigerung und Uebertretungsfällen."

Das Amt ging bei der Erlassung dieses Erkenntnisses von der Ansicht aus: die Urkunde von 1718 die sich wegen des Siegels als ein Original darstellte, enthalte einen Rechtstitel für das Bann- und Frohndrecht der klägerischen Mühle, und ihre Erlöschung sei durch das Vereinigungsoperat vom 31. Dezember 1839 beseitiget.

Dagegen ergriffen nun die beklagten Gemeinden die Appellation an das Hofgericht des Oberrheinkreises.

Sie beschwerten sich, daß der Kläger nicht unbedingt oder doch nicht wenigstens angebrachtermaaßen abgewiesen wurde.

Letzteres hätte namentlich wegen unterlassener Begründung der Activlegitimation und wegen des unbestimmten Klagbegehrens geschehen sollen. Uebrigens wäre die gänzliche Abweisung des Klägers gerechtfertigt, weil durch den Kauf von 1718 das Bannrecht und Frohndrecht gegenüber den Gemeinden nicht begründet würde, die Aechtheit jener Urkunde aber auch nicht hergestellt sei, und weil das Bannrecht jedenfalls wegen mangelnder Erneuerung erloschen, das Frohndrecht aber nach dem Art. 1 des Gesetzes vom 28. Dezember 1831 aufgehoben sei.

Der Anwalt der appellantischen Gemeinden übergab von den Gemeinderäthen unterschriebene Vollmachten, wurde aber durch das Hofgericht angewiesen, nachzuweisen, daß die Gemeinden selbst die Fortsetzung des Proeesses beschlossen haben. Derselbe brachte sofort ein Protokoll der Gemeindeversammlung von Schwerzen bei, wornach diese die Fortsetzung des Processes einstimmig beschlossen hatte, und ferner ein Protokoll der Gemeindeversammlung Wutöschingen, wornach von den sämmtlichen zur Versammlung eingeladenen 52 Bürgern 45 erschienen sind, hievon aber 10 sich während der Verhandlung entfernten, und von den übrigen 35 Abstimmenden sich 23 für und 12 gegen die Fortsetzung des Proeesses entschieden, worauf das Hofgericht Ladung erkannte.

Mit der Appellationsvernehmlassung übergab der Kläger die Urkunden über die verschiedenen Rechtsübergänge, bezüglich auf die Mühle, von Hans Martin Osterdinger bis auf ihn den Kläger.

Diese Urkunden wurden vom Anwalt der Beklagten anerkannt.

Zugleich übergab der Kläger Appellat zum Beweise des bestandenen und vollzogenen Bannrechts abschriftlich folgende Urkunde:

Liebe Vögte!

„Allen denen jenigen, welche in dem Schwerzer und Wutöschinger Bahn, Güther besitzen, sollet ihr bei obrigkeitlicher Kraft befehlen, daß sye von den Feldern macheten Früchte in der Wutöschinger Mühl rendlen oder den Rendlerlohn bezahlen sollen.

Thingen den 30. Juni 1719.

Der Vogt zu Schwerzen aber hat seinen Gemeindeangehörigen zu befehlen, daß Sye nit mehr, wie es schon öfters geschehen, in fremde Mühlen fahren, sondern nach Wutöschingen in die dasige Mühle fahren, wiedrigenfalls nach Anzeig des Müllers die Ungehorsambe zur gebührenden Straff gezogen werden sollen."

Hochfürstliche Kanzlei allda.

Der Anwalt der Beklagten erklärte diese Urkunde für unerheblich, und behielt sich seine Aeußerung über ihre Aechtheit bis zur Productionstagfahrt vor.

Endlich ist in der Appellationsvernehmlassung noch gesagt:

„darüber, daß noch im Jahre 1809—10 das Bannrecht in Uebung war, und von den Mühlenbesitzern in Gemäßheit der käuflichen Verleihung von 1718 besessen wurde, ja sogar ein solches Recht bereits durch unvordenkliche Verjährung und durch die 30jährige erworben war, wenn dieses zur Rechtmäßigkeit gehören sollte, wird zugleich der Beweis durch Zeugen geführt."

Es werden nun Zeugen benannt und Artikel aufgestellt, daß die Angehörigen der beklagten Gemeinden seit undenklichen Zeiten in die fragliche Mühle fuhren, — daß dies in Folge eines Bannrechts geschah, — daß der Gebrauch anderer Mühlen jeweils obrigkeitlich bestraft wurde, — daß dieses Verhältniß schon 30 Jahr vor dem Jahr 1810 gedauert hatte, — daß es auch von 1810 bis 1840 fortdauerte, und daß die Zeugen sich keines andern Zustandes erinnern.

Digitized by Google

Der Kläger behielt sich dabei vor, wenn über diese neue Thatsache Beweis auferlegt werde, die Beweisantretung noch zu vervollständigen.

Am 15. April 1842 erging hierauf, ohne daß eine Beweiserhebung statt hatte, ein abänderndes hofgerichtliches Erkenntniß dahin:

„Der Kläger sei mit seiner Klage abzuweisen, und habe die Kosten beider Instanzen zu tragen."

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

„Die Gemeinde Wutöschingen hat nun zwar ihre Zustimmung zur Proceßführung nicht gegeben, indem von den 52 stimmfähigen Bürgern nur 24, also weniger als die Hälfte sich dafür erklärt haben (§. 37 [3] der G. O.). Allein der Gegenstand der Berathung gehört nicht zu jenen, bei welchen die Staatsgenehmigung zum Verzichte nothwendig ist."

(Verordnung vom 14. Juli 1834. §. 4. Regierungsblatt S. 256 — §. 151 der Proceßordnung).

„Nach §. 125 [3] der G. O. und der Verordnung vom 14. Juli 1834. §. 6 blieb daher den einzelnen Bürgern überlassen, den Rechtsstreit fortzuführen, und von diesem Rechte haben die in der Urkunde vom 2. April v. J. unterschriebenen Bürger Gebrauch gemacht."

„Anlangend die Legitimation zur Sache, so spricht der Kläger gegen die Beklagten und Appellanten ein Bannrecht und ein damit verbundenes bedingtes Frohndrecht an, und es sind als Beklagte die Gemeinden Wutöschingen und Schwerzen genannt. Da aber die Grundpflichtigkeit ihrer Natur nach nur die Eingesessenen eines Bezirks als solche verpflichtet (Landrechtsätze 710 f a, 710 h a), so können wohl die Gemeinden nicht als politische Corporation, sondern nur als Inbegriff der gesammten Einwohner dieser Gemarkungen gemeint sein, wie denn auch in dem Begehren der Klage, und in dem amtlichen Urtheile durch die Worte „resp. ihre Ortseinwohner" ausgedrückt werden sollte. Insofern es sich aber um eine auf der Gemarkung dieser Gemeinde ruhende deutschrechtliche Art von Dienstbarkeit handelt, hielt man auch die Gemeinden zur Sache für legitimirt."

„Der klägersche Anspruch beruht nach Inhalt der Klage zunächst darauf, daß durch Kauf vom 14. Februar 1718 der Rechtsvorfahrer der Ehefrau des Klägers die Mühle zu Wutöschingen mit allen Rechten und Gerechtigkeiten, wie solche bis dahin die Schwarzenbergische Landesherrschaft selbst besessen und ausgeübt habe, erworben habe, und daß zu diesen Rechten unter andern auch das gehört habe, daß die Gemeinden zu Schwerzen und Wutöschingen in diese Mühle gebannt gewesen seien.

„Es wird also nicht behauptet, daß das Bannrecht erst bei jenem Kaufe entstanden sei, es soll vielmehr schon existirt haben, und nur von der frühern Eigenthümerin der Mühle auf den neuen Erwerber übertragen worden sein. Man hat daher nicht zu prüfen, ob etwa der fürstlichen Herrschaft Schwarzenberg das Recht zugestanden habe, der Mühle ein solches Bannrecht ohne Zustimmung der Ortseinwohner von Schwerzen und Wutöschingen zu verleihen, sondern nur, ob ein Bannrecht mit der Mühle schon in der Hand der frühern Eigenthümerin verbunden war, und also übertragen werden konnte."

„Dem Kläger lag hierüber beim Widerspruch der Beklagten der Beweis ob, den er jedoch durch die vorgelegte Kaufurkunde, abgesehen von deren formellen Beschaffenheit, nicht geführt hat. Denn diese besagt wohl im Art. 7, daß die Rechte und Gerechtigkeiten dieser Mühle darin bestünden, daß „die Gemeinden Wutöschingen und Schwerzen nicht nur in diese Mühle zu fahren gezwungen, sondern auch schuldig und verbunden seien, da es die Nothdurft erfordere — derselben zu frohnen u. s. w."

„Den Entstehungsgrund dieses Rechtes giebt sie aber nicht an, und die Behauptung des angeblich berechtigten Theiles in der Kaufurkunde kann gegen die Beklagten, als dritte Personen, welche dabei nicht mitgewirkt haben — keine Rechtswirkung haben."

„Der Kläger hat aber schon in erster Instanz vorgetragen: „der der Mühle zustehenden Banngerechtigkeit sei von den Eingesessenen der Gemeinden Wutöschingen und Schwerzen bis zum 31. December 1839 Genüge geleistet worden, und: „durch die Weigerung der Anerkennung einer Jahrhunderte hindurch ununterbrochen, öffentlich, ruhig und unzweideutig bestandenen, auf volle und rechtsgültig beschaffene Eigenthumsurkunden sich stützende Banngerechtigkeit" könne keine Befreiung von der Bannpflicht hervorgebracht werden."

Digitized by Google

„Hierin liegen jedoch nur einige Andeutungen für einen verjährten Besitzstand, hinsichtlich des angesprochenen Bannrechts; ob aber dieser zum Grund der Klage gebraucht werden wollte, bleibt zweifelhaft. Wenn nun dieses in zweiter Instanz geschieht, so kann hierin nur eine ganz neue, und nicht blos eine verbesserte und ergänzte Begründung gefunden worden.

§. 344 vergl. mit 345 und 1221 a P. O.

„Allein wollte man diese Ergänzungen auch zulassen, so sind sie doch zur gehörigen Begründung einer Verjährung nicht hinreichend."

„Der Landrechtssatz 710 g b duldet jene Grundpflichtigkeiten, welche zur Zeit der Einführung des Landrechts in rechtmäßiger Uebung waren. Hierunter ist nach der Rechtsähnlichkeit der Erb- und Grundpflichtigkeiten, die durch die Bestimmung im Landrechtssatz 710 g a auch anerkannt sind, zu verstehen: die Grundpflichtigkeiten müssen, um nach Einführung des neuen Landrechts noch fortdauern zu können, entweder durch giltige Rechtstitel, oder durch verjährten Besitz am 1. Januar 1810 gedeckt gewesen sein."

Vergl. Landrechtssätze 710 g b und 710 f b.
Jahrb. des Oberhofg. 1826 p. 89.
Annalen II. p. 39 Note.

„Nach dem vormals in der gefürsteten Landgrafschaft Klettgau in dieser Beziehung geltenden gemeinen Recht, konnte das Bannrecht durch Verjährung erworben werden,

Vergl. Runde, Grundsätze ꝛc. §. 279.

und zwar nicht nur durch die unvordenkliche, sondern auch beim Mangel eines Titels durch die dreißigjährige Verjährung, gleich den unständigen Grunddienstbarkeiten, wohin man die Grundpflichtigkeit nach der Rechtsähnlichkeit zählen muß."

Vergl. Landrechtssatz 710 g h.

„Allein da das Mahlenlassen in einer bestimmten Mühle eine Sache der freien Willkühr ist, so befand sich der Besitzer der Mühle hierdurch allein noch nicht im Besitze der zur Verjährung führen konnte; es mußte ein Zwang des Mühlenbesitzers vorhergegangen sein, und darauf die Uebung durch die Verjährungszeit hindurch stattgefunden haben."

Struben rechtl. Bedenken IV. Bd. 196 u. V. Bd. 16.

„Nun wird zwar behauptet, die Fürstlich Schwarzenbergische Regierung habe schon im Jahr 1719 an die Vögte von Schwerzen und Wutöschingen einen Befehl erlassen, daß sie den Güterbesitzern ihrer Gemeinden befehlen sollten, die in ihren Feldern machenden Früchte in der fraglichen Mühle rendlen zu lassen. Allein daß dieser Befehl den Güterbesitzern auch sei eröffnet worden, wird nicht behauptet."

„Eben so wenig ist dieses behauptet von dem weiter behaupteten Gebot, daß alle Gemeindeuntergebenen zur Wutöschinger Mühle fahren sollten. Der Beweisartikel 3 enthält zwar die Frage an die Zeugen, ob das Mahlenlassen in der Wutöschinger Mühle nicht „in Folge eines Bannrechtes geschehen sei?" Allein dieß wäre nur ein von den Zeugen abzugebendes Urtheil, welches sie aus Thatumständen schöpfen müßten. Diese Letztern wären von den Appellanten näher zu bezeichnen gewesen."

„Eben so unbestimmt ist auch der Art. 5, daß der Gebrauch anderer Mühlen jeweils an den Gemeindeangehörigen obrigkeitlich sei bestraft worden." Es müßte eine Anzahl bestimmter Fälle namhaft gemacht werden, damit man bemessen könnte, ob der Zwang, der gegen diesen und jenen etwa angewendet wurde, auch gegen alle Eingesessenen der Gemarkungen von Wutöschingen und Schwerzen gerichtet war, oder etwa nur aus bestimmten andern Gründen einzelne Gemeindeglieder traf, und ob von der Zeit dieser Zwangsmaßregeln auch die zur Verjährung erforderliche Zeit umlaufen ist.

Wenn es hinsichtlich der Begründung der Verjährung hiebei strenge genommen wird, so findet man in der Ungunst, mit welcher die Gesetzgebung die Bannrechte betrachtet, genügende Rechtfertigung.

„Ist aber die Klage nicht bewiesen und die Begründung derselben durch Verjährung nicht gelungen, so kommt es auf die vorgeschützten Einreden weiter nicht an."

„Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 169 der Proceßordnung hinsichtlich der Kosten ist wie geschehen erkannt worden."

Y.

Digitized by Google

II.

1) Iſt der Erbbeſtänder verbunden, die Einwilligung des Erblehen-Eigenthümers zu einer Veräußerung nachzuſuchen?

2) Unter welchen Vorausſetzungen iſt der Erbleheneigenthümer verpflichtet, ſeine Einwilligung zu ertheilen?

3) Was hat im Falle eines hierüber entſtehenden Streites der Erbbeſtänder und was hat der Erbleheneigenthümer zu beweiſen?

Die verſchiedenen Rechtsverhältniſſe, welche nach dem gemeinen deutſchen Rechte bei Bauerngütern vorkommen, hat unſer Landrecht in ſeinen Zuſätzen unter drei Geſichtspunkte geſtellt.

In der Regel, und dafür beſteht eine geſetzliche Vermuthung, ſind die Güter reines Eigenthum des Bauern, und die darauf ruhenden Abgaben machen das Eigenthum nur zu einem beſchränkten oder belaſteten, L. R. S. 544 a, 544 b. Die Worte alter Urkunden, welche dem Bezieher der Abgaben ein Eigenthum zuſchreiben, z. B. die Güter als Lehen deſſelben bezeichnen, heben jene Vermuthung nicht auf, Landrechtſatz 577 a b.

Eine Ausnahme tritt ein, wo in Veränderungsfällen von dem neuen Beſitzer eine beſondere Anerkenntniß des Grundeigenthums nach beſtimmten Formen geſchieht. Dann iſt das Eigenthum des Gutes zertheilt, der Beſitzer iſt Nutzeigenthümer (dominus utilis) und derjenige, welchem die Anerkenntniß geſchieht, der Grund-(Ober-) Eigenthümer (dominus directus), Landrechtſätze 544 c, 577 a b.

Iſt aber dem Bauern Beſitz und Genuß einer Liegenſchaft nur bis an ſeinen Tod gegen einen beſtimmten mäßigen Zins verliehen, ſo iſt das Gut ein Todbeſtand (Schupf-, Fall-, Leib-Lehen), der Beſitzer iſt Todbeſtänder und hat die Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutznießers, Landrechtsſätze 1831 a a, 1831 a c, in Beziehung auf Wiederverleihung erweitert durch das Geſetz vom 15. November 1833 (Regierungsblatt Nr. 48 S. 261).

Die Form, unter welcher Bauerngüter zu Nutzeigenthum hingegeben werden, iſt das Erblehen oder der Erbbeſtand und auf ihn beziehen ſich die obigen Fragen, Landrechtsſätze 1831 b a, 1831 b c.

Die geſetzliche Natur des Erblehens iſt vorbehaltlich ändernder Gedinge dem Zeugniſſe Brauers*) zufolge nach dem Herkommen eines Theils des Großherzogthums beſtimmt, und vergleichen wir die älteren Landrechte, ſo finden wir ſolches in dem

Bad. Durl. Landrechte Th. IV. Tit. 6.

Pfälz. Landrechte Th. II Tit. 5.

Mainz. Landrechte Tit. 28.

welche nach Landrechtſatz 6 c, als Urkunde des vorigen Herkommens zu gelten haben.

Dieſe älteren Provinzgeſetze entlehnten ihre Vorſchriften aus der römiſchen Emphyteuſis, und wir werden daher in der Lage ſeyn, bei der Auslegung des Kapitels von den Erbbeſtänden neben jenen Provinzgeſetzen das römiſche Recht in vergleichende Rückſicht zu nehmen. Landrechtſatz 4 b. II. Einf.-Ed. §. 3.

Davon ausgehend finden wir die Emphyteuſis des römiſchen Rechtes beſchrieben als dingliches immerwährendes Recht auf Gebrauch und Benützung einer unbeweglichen Sache, verbunden mit dem Veräußerungsrechte §. 3. J. de locat. et conduct. (3. 25).

In Bezug auf das letztere Recht muß der Emphyteuta von einer vorhabenden Veräußeruug dem Eigenthümer Anzeige machen und ihm zwei Monate lang das Vorkaufsrecht laſſen. Dieſelbe Beſtimmung entlehnten faſt buchſtäblich übereinſtimmend das Baden-Durlacher und Pfälzer Landrecht §. 7. und §. VII mit Anführung der geſetzlichen Folge: „Da aber der Lehenherr ſich innerhalb zwei Monathen nicht erklären thäte, ſoll alsdann der Beſtänder gut Fug und Recht haben, die Beßerung einem andern, doch einem ſolchen, bei welchem der Lehnherr ſeinen Zins oder Pfacht gewiß und unfehlbarlich empfangen könne, zu verkaufen".

Wenn nun die Landrechtsſätze 1831 a g, und 1831 b f beſagen, daß ein Erbbeſtand nur mit Einwilligung des Grundeigenthümers gültig verkauft werden könne, ſo wird darin eine Abänderung des älteren Rechtes nicht weiter zu erkennen ſein, als daß das Vorkaufsrecht des Grund-Eigenthümers binnen zwei Monaten nicht mehr Statt hat; dagegen beſteht nach neuem Rechte für den Erbbeſtänder die Verbindlichkeit fort, den Obereigenthümer um die Ertheilung ſeiner Einwilligung anzugehen. Geſchieht dies nicht, ſo iſt der Verkauf ungültig, jedoch

*) Erläuterungen Band III. S. 632.

nicht kraft Gesetzes, sondern es muß der Richter angerufen werden, den Erbbestand für erloschen zu erklären, Landrechtsatz 1831 b k.

Hat dagegen der Erbbeständer die Einwilligung des Grundeigenthümers nachgesucht, so ist dieser schuldig, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, seine Einwilligung zu ertheilen, was indessen auch stillschweigend geschehen kann, wo die Bedingungen des Landrechtsatzes 1108 b gegeben sind. Dem Veräußerungsrechte des Erbbeständers und seiner Verbindlichkeit, die Einwilligung des Obereigenthümers nachzusuchen, entspricht die Verbindlichkeit des Letztern, eine Erklärung zu geben, daß er seine Zustimmung ertheile oder versage.

Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so kann er von dem Erbbeständer gerichtlich belangt und zur Ertheilung der Einwilligung verurtheilt werden.

Der Obereigenthümer darf nämlich die Einwilligung zu einer Veräußeruug an einen für Leistung der Erblehenspflichten sichern Besitzer in der Regel nicht versagen, Landrechtsatz 1831 b g.

Eine Ausnahme tritt uur ein bei einem Erbbestande, der auf eine unbestimmte Zahl von Erben lautet und auf dem Heimfall steht; ferner bei einem Erblehen in Häusern, Höfen oder Gütern bestehend, wenn der Erbbeständer einzelne Stücke veräußern will. Denn ein Erblehen der letzten Art ist gesetzlich untheilbar nach §. 2 des Gesetzes vom 23. März 1808 über den Vorzug am untheilbaren liegenschaftlichen Erbe, welches neben dem Landrechte fortdauernde Kraft hat, I. Einf. Ed. §. XVIII, und kann vermöge dieser Untheilbarkeit anders nicht als im Ganzen veräußert werden. Doch fällt diese Ausnahme hinweg und die gesetzliche Regel wird wieder hergestellt, wenn eine Theilbarkeit durch Vertrag oder verjährte Ortssitte festgesetzt ist. Die Ortssitte aber wird die Merkmale eines Herkommens überhaupt an sich tragen müssen, Landrechtsatz 6 f, und eine ununterbrochene Dauer von wenigstens 10 Jahren erfordern, rückwärts gerechnet von dem Vorgange, welcher den Rechtsstreit veranlaßt hat, §. 6 litt d des angef. Gesetzes.

Eine dritte Ausnahme tritt ein, wenn bedungen ist, daß es dem Grundeigenthümer frei stehen soll, ob er zu einer Veräußerung seine Zustimmung geben will.

Die Beweislast bei Rechtsstreitigkeiten über die ersten zwei Fragen wird keiner Schwierigkeit unterliegen. Der Erbbeständer, welcher die Einwilligung im Wege Rechtens erzwingen will, hat die Thatsachen darzuthun, welche ein Erblehenverhältniß nachweisen, und diesen Beweis wird die Gegenpartei selten fordern, weil sonst eine gesetzliche Vermuthung für unzertheiltes Eigenthum streitet, Prozeßordnung §. 400.

Ist aber das Dasein eines Erblehens vom Erbbeständer selbst behauptet oder erwiesen, so erzeugt dieses Rechtsverhältniß die Verbindlichkeit für den Grundeigenthümer, zur Veräußerung die Einwilligung zu geben, und diese Verbindlichkeit wirkt so lange fort als nicht neue thatsächliche Gründe eine Erlöschung mit sich führen, Landrechtsatz 1315.

Der Obeigenthümer hat demnach die angeführten Ausnahmen zu beweisen, wogegen dem Erbbeständer wieder obläge, die etwaigen thatsächlichen Gründe zu beweisen durch welche die Ausnahmen wieder beseitigt würden.

Ant. Mayer.

III.

Hat in den Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob ein zur hofgerichtlichen Competenz sich eignendes Verbrechen vorliege, der Untersuchungsrichter über die Competenzfrage zu entscheiden?

(Erwiederung auf Nr. III. in Nr. 51 des X. Jahrgangs der Annalen S. 393.)

Die unter obiger Aufschrift im X. Jahrgang Nr. 35 II. der Annalen enthaltene Ausführung spricht nicht (wie als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wurde) von der Competenz zur Untersuchungsführung, sondern von der Competenz zur Urtheilsfällung, was wohl deutlich genug daraus hervorgeht, daß behauptet wird, das Hofgericht habe auf den Grund der ihm vorgelegten, den Thatbestand eines Verbrechens enthaltenden Untersuchungsacten zu erkennen, ob der Thatbestand dieses oder jenes (zweifelhaften) Verbrechens vorhanden sei, oder nicht.

Die Entgegnung in Nr. 51 III. der Annalen behandelt hiernach eine ganz andere Frage, indem sie von der Competenz zur Untersuchungsführung spricht, worüber klare gesetzliche Bestimmungen, die Niemand wird bestreiten wollen, vorliegen.

Die Annahme, der §. 16 des Strafedikts, indem er ausspricht:

„die untern Obrigkeiten hätten sich in Fällen, welche ihnen zweifelhaft dünken, an die Hofgerichte zu wenden"

Digitized by Google

sei nur auf die Untersuchungen zu beziehen, in welchen die Aemter zugleich urtheilende Richter seien, enthält offenbar eine Gesetzwidrigkeit; denn wenn die amtliche Competenz klar vorliegt, so dürfen die Aemter bei den Hofgerichten nicht anfragen, und die Hofgerichte solche Anfragen nicht beantworten, weil jedes Gericht innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit unabhängig sein muß, eine solche Anfrage und Beantwortung derselben aber einen Verzicht auf die Competenz, und beziehungsweise einen Eingriff in die amtliche Competenz enthalten würde, und weil die Gerichte zur Zeit der Erlassung des Strafedikts eben so unabhängig waren, wie sie es jetzt sind. Der §. 14 der Verfassungsurkunde hat nur den alten Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte bestätigt, ihn aber nicht erst eingeführt.

Wollte man daher nicht annehmen, daß der §. 16 des Strafedikts auf solche Fälle zu beziehen sei, in denen wirklich Zweifel über die Competenz zur Urtheilsfällung begründet sind, so müßte man sich die Behauptung gefallen lassen, daß der Gesetzgeber in dem §. 16 des Strafedikts den Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte aus den Augen verloren habe, zu welcher Unterstellung man aber durchaus keinen Grund hat, um so weniger, als die Grenzlinien der Competenz der Gerichte in Strafsachen durch die §§. 4, 2, 20 und 21 des Strafedikts scharf gezogen sind.

Fr. Schenkh.

IV.

Curiosa.

In Sachen des J. D. zu L. Klägers, gegen F. H. zu U. Beklagten, Forderung betreffend, war Advokat K. von K. Anwalt des Klägers.

Da der Klient dem Anwalte die beeretirten Deserviten nicht bezahlte, so bat dieser das Bezirksamt N., das Untergericht des Wohnsitzes des Klienten, um Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehls, stellte auch, als der Schuldner nach Eröffnung des gegen ihn erlassenen, und ihm zugestellten Zahlungsbefehls die Forderung widersprochen hatte, eine förmliche Klage gegen ihn bei demselben Bezirksamte an.

Hierauf erfolgte (hört!) folgendes Erkenntniß:

„In Sachen des Hofgerichtsadvokaten K. zu K. gegen J. D. zu L., Deservitenforderung betreffend, wird nach Ansicht der §§. 131 *), 357 **) und 169 der Proceßordnung

erkannt:

Die Klage findet hier nicht statt, und hat Kläger die Kosten zu tragen.

V. R. W.

N. den 29. September 1842.

G. V. Amt

N.

V.

Urtheil.

in Sachen

des Lehrers S. zu V., Klägers,

gegen

Jakob B. et Consorten von dort, Beklagten,

Besitzstörung und Entschädigung betr.

„1) Die Beklagten seien schuldig, den dem Lehrer S. zugefügten Schaden im Betrage von 5 fl. binnen kurzer (?) Frist bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung zu bezahlen.

2) Was die weiteren Klagbegehren des Klägers betrifft — nämlich der Kläger sei in dem Besitze des in der Klage beschriebenen Gartens zu schützen, die Deichel in dem aufgeworfenen Graben wieder herauszunehmen, der Graben sodann zuzuwerfen, und alles wieder in den frühern Zustand zu setzen, so wie, daß die Beklagten sich jeder ferneren Störung bei Vermeidung einer dem Kläger zufallenden, angemessenen Geldstrafe zu enthalten haben, sei kein Grund zur Fällung eines Urtheils vorhanden. (!!)

3) Was die Kosten betrifft, so haben die Beklagten nur die Kosten zu tragen, welche die Abfassung der Klage vom 10. Dezember v. J. verursachte, alle übrigen Kosten hat Kläger allein zu tragen." X.

---

*) Bei den Obergerichten müssen die schriftlichen Vorträge der Partien von Gewalthabern überreicht werden, welche aus der Zahl der bei dem Gerichtshofe aufgestellten Obergerichtsadvokaten zu wählen sind.

**) Ergibt sich aus der Klage selbst, daß die Zuständigkeit des Gerichts für diese Streitsache nicht begründet ist, so wird mit Angabe der Gründe verfügt:

„Die Klage findet hier nicht statt."

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 36. Karlsruhe den 9. September 1843.

I.

Anfrage.

Muß nicht die 14tägige Wiederherstellungsfrist abgelaufen sein, ehe die Frist zur Folgeleistung eines Versäumungserkenntnisses zu laufen beginnt? — oder beginnen beide Fristen von der Behändigung des Versäumungserkenntnisses an, also zu gleicher Zeit ihren Lauf? —

Die Gründe, welche diese Anfrage hervorrufen, bestehen in Folgendem:

1) Um die Vollstreckung eines Urtheils verfügen zu können, muß dasselbe nicht nur rechtskräftig geworden, sondern auch die im Urtheil zur Folgeleistung festgesetzte Frist abgelaufen sein.

2) Eine Frist zur Folgeleistung wird wohl erst von der Zeit an laufen, wo das Urtheil in Rechtskraft getreten ist.

3) Ein Versäumungserkenntniß wird erst nach Ablauf der gesetzlichen (im Urtheil nicht erwähnten) Wiederherstellungsfrist rechtskräftig (§. 389 der Proceßordnung).

4) Die im Versäumungserkenntniß gegebene Frist, welche jedenfalls eben so viele Tage, als die Wiederherstellungsfrist betragen muß (§. 667), beginnt daher wohl erst mit dem Ablauf der Wiederherstellungsfrist.

5) Daß die Wiederherstellungsfrist und die Frist zur Folgeleistung nicht eine und dieselbe sein kann, geht wohl schon daraus hervor, daß das Gesetz im §. 658 eine Wiederherstellungsfrist, und im §. 667 eine Frist zur Folgeleistung selbst unterscheidet*), (vergleiche die Ueberschriften zu diesen Paragraphen).

6) Die Frist, welche der Gesetzgeber dem Säumigen zur Wiederherstellung bestimmt, und die ihm also kraft Gesetzes hierzu zusteht, darf nicht wohl vom Richter zu etwas Anderem, nämlich zur Folgeleistung festgesetzt werden.

7) Weil es als eine Härte**) und Unbilligkeit erscheint, daß dem, oft unverschuldet, Säumigen sogleich nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist mit Execution in's Haus gefallen werden kann, wenn nicht der Richter eine mehr als 14tägige Frist zur Folgeleistung anzuberaumen beliebt.

8) Es gibt Versäumungserkenntnisse, gegen welche eine blos 8tägige Wiederherstellungsfrist gestattet ist; für diese tritt also die Rechtskraft schon nach Ablauf von 8 Tagen ein. ***) Wenn man nun den §. 667 so deuten wollte,

*) Allerdings! — die Frist zur Folgeleistung kann ja vier Wochen oder noch mehr betragen, und der §. 667 sorgt nur, daß sie in keinem Falle weniger als die 14tägige Wiederherstellungsfrist betrage. D. Red.

**) Gegen zu große Härte schützt den Schuldner, der sich während der Wiederherstellungsfrist vorbereiten mag, der §. 954. — Auf der andern Seite ist es aber auch hart gegen den Gläubiger, wenn er zuerst durch einen muthwilligen Proceß aufgehalten, und dann endlich die im Urtheil bestimmte Frist nicht von der Einhändigung des Urtheils, sondern erst vom Ablauf einer weitern Frist an gerechnet wird. Muthwillig wird aber der Proceß jedesmal sein, wenn die Sache von der Art ist, daß der Schuldner, der ein Versäumungserkenntniß gegen sich ergehen ließ, sich nicht einmal veranlaßt findet, um Wiederherstellung dagegen nachzusuchen. — Ueberhaupt hört man bei unserm Verfahren nicht klagen, daß der Schuldner durch zu große Raschheit gefährdet, sondern umgekehrt, daß der Gläubiger durch zu große Schonung des Schuldners beeinträchtigt werde. D. Red.

***) Der §. 1206, welcher die Nothfristen im abgekürzten Verfahren herabsetzt, spricht nur von der Frist zur Appellationsanzeige und Ausführung, nnd von der im §. 1203 erwähnten Wiederherstellungsfrist gegen eine Appellations-Verfallen-Erklärung. Die Wiederherstellungsfrist gegen die Versäumungserkenntnisse, von welchen der §. 658 handelt, beträgt also auch in Fällen des abgekürzten Verfahrens 14 Tage. D. Red.

Digitized by Google

als habe der Gesetzgeber den Richter blos aufmerksam machen wollen, daß er nicht eine etwa kürzere (aber mit der Wiederherstellungsfrist beginnende) Frist zur Folgeleistung festsetze, so daß der Ablauf beider Fristen nicht mit einander in Collision komme, so würde man, weil nach §. 667 in allen Fällen eine 14tägige Frist zur Folgeleistung gegeben werden muß, dahin kommen, daß da, wo die Wiederherstellungsfrist nur 8 Tage ist, die eine Hälfte der Frist zur Folgeleistung vor Eintritt der Rechtskraft, die andere aber erst nach dem Eintritt ablieſe, was nicht ganz passend scheint.

Eher dürfte daher der §. 667 so zu nehmen sein, daß die Wiederherstellungsfrist — sie mag 8 oder 14 Tage betragen — zuerst abgelaufen sein muß, und daß dann erst die wenigstens 14 Tage betragende Frist zur Folgeleistung zu laufen beginnt, welche übrigens auch mehr als 14 Tage umfassen darf.

Hätte der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt, die kürzeste Dauer der Frist zu bestimmen, welche dem Säumigen noch nach Ablauf der Wiedeerherstellungsfrist jedenfalls gestattet werden muß, sondern nur den Richter aufmerksam machen wollen, damit er nicht die Frist zur Folgeleistung kürzer setze, als die Wiederherstellungsfrist, so hätte er auch consequenter Weise den Richter bei andern Urtheilen ebenfalls aufmerksam machen, also z. B. auch festsetzen müssen, daß die Frist zur Folgeleistung auf Urtheile im ordentlichen Verfahren wenigstens 42 Tage (vom Uetheilspublicationstag an), und auf die im abgekürzten Verfahren wenigstens 21 Tage betragen müsse. *)

9) Zerlegt man ein Versäumungserkenntniß, wie es im §. 670 der Novelle Absatz 2 vorkommt, so ist es aus zwei Theilen zusammengesetzt; einmal wird der Versäumungsnachtheil ausgesprochen, sodann aber auch in der Sache selbst erkannt.

Die Wiederherstellung findet nun zunächst nur gegen den ersten Theil des Erkenntnisses statt, und nur folgeweise wird damit auch zugleich der zweite Theil aufgehoben.

So lange nun der Richter nicht weiß, ob eine Wiederherstellung nachgesucht wird, und so lange also die Wiederherstellungsfeist nicht abgelaufen ist, kann er auch nicht aussprechen, daß die 2te oder secundäre Folge der Versäumniß jetzt schon eintreten soll, also ehe die Versäumniß selbst schon mit ihrer Folge unabänderlich (durch Eintritt der Rechtskraft) vorliegt.

10) Man darf auch, weil die ausgesprochene nächste Folge der Versäumniß nur in einer rechtlichen Fiction liegt, diese präsumtive Willensmeinung, rechtlicher Consequenz nach, nicht geradezu als ausdrücklich erklärten Willen betrachten, und jetzt zugleich auch diejenigen Folgen eintreten lassen, welche bei einer vorliegenden ausdrücklichen Aeußerung rechtlicher Ordnung nach einzutreten haben. Wenn also der Richter angewiesen ist, im Versäumungserkenntniß den angedrohten Rechtsnachtheil auszusprechen, zugleich aber auch in der Hauptsache zu erkennen, so ist damit noch nicht gesagt, daß nun Alles Hals über Kopf zu geschehen habe; und daß die Wiederherstellungsfrist und die Frist zur Folgeleistung in eine und dieselbe Zeit fallen solle.

Man würde ja sonst wohl auch gegen Recht und Billigkeit eine Art Ratihabition von Seite des Säumigen oder eine Rückwirkung seiner (durch Unterlassung eines Wiederherstellungsgesuchs stillschweigend geäußerten) Willensmeinung annehmen, wozu überall kein gesetzlicher oder rechtlicher Grund vorhanden ist.

Wenn nämlich der Gesetzgeber selbst sagt, daß vor Ablauf der 14tägigen Wiederherstellungsfrist auch noch keine definitive Willenserklärung angenommen werden kann, so sagt er auch zugleich, daß die Willenserklärung erst mit Ablauf dieser Frist vorliegt, und daß also weder am 2ten, noch am 10ten, noch am 13ten Tag eine Gewißheit vorhanden ist, daß der Säumige z. B. Schuldner ist. Warum soll aber demungeachtet für diesen doch

*) Nicht 42 oder 21 Tage, sondern 14 oder 8 Tage hätte der Gesetzgeber als das minimum der Frist zur Urtheilsvollziehung bestimmen sollen, wenn er allgemein, wie im §. 667 bei Versäumungserkenntnissen, hätte füesorgen wollen.

Nach §. 1187 ist nämlich das Uetheil, gegen welches innerhalb der gesetzlichen 14 Tage (oder 8 Tage — §. 1206 —) die Appellation nicht angemeldet wuede, vollzugsreif, ohne daß der Ablauf der Ausführungsfrist, innerhalb welcher das Versäumte nach §. 1195 wieder gut gemacht werden kann, abgewartet werden dürfte. Der §. 388 bedient sich von einem Urtheile, gegen welches inner der gesetzlichen Frist die Appellation nicht angezeigt wurde, sogar des Ausdrucks, daß es rechtskräftig sei, wornach man annehmen muß, daß es seine bereits erlangte Rechtskraft wieder verliert, wenn nachträglich die Beschwerdeschrift innerhalb der im §. 1195 bestimmten Frist noch übergeben wird. D. Red.

ſchon vom erſten Tag an die Friſt zur Folgeleiſtung laufen.

Warum will man eine weitere Fiction dahin annehmen, daß, wenn der (oft unverſchuldet) Säumige am 14ten Tage nicht um Wiederherſtellung nachgeſucht hat, er ſchon am Tage der Behändigung des Verſäumungserkenntniſſes ſeine Schuldigkeit ſtillſchweigend anerkannt habe, während er ſich vielleicht erſt am 13ten Tage davon überzeugte und deßhalb ſich nicht wiederherſtellen ließ.

Mit welchem Recht nimmt man dieſes an, und berechnet einem ſolchen Säumigen die Friſt zur Folgeleiſtung ſchon vom Tag der Behändigung des Erkenntniſſes? —

Dietz.

Anmerkung der Redaktion.

Man wird die Frage wohl allgemein aufzufaſſen haben, ob überhaupt die nach §. 378 im Urtheil zu beſtimmende Friſt zur Vollziehung deſſelben erſt vom Eintritte der Rechtskraft des Urtheils an laufe, oder ob ſie, wenn das Urtheil rechtskräftig wird, rückwärts ſchon von der Einhändigung deſſelben an gerechnet werde?

Wird Erſteres angenommen, ſo lauft die Friſt bei Urtheilen, gegen welche noch eine Appellation oder Oberappellation zuläſſig iſt, nach §. 388 vom Ablauf der Anzeigefriſt an, und bei Verſäumungserkenntniſſen nach §. 389 vom Ablauf der Wiederherſtellungsfriſt an.

Für dieſe Annahme kann man anführen: das Urtheil erlange durch den Ablauf der gedachten Friſten erſt Kraft, der Verurtheilte ſei erſt jetzt zur urtheilsmäßigen Leiſtung ſchuldig, die urtheilsmäßige Friſt zur Leiſtung dürfe daher auch erſt von jetzt an laufen.

Dagegen kann man aber ſagen: enthält das Urtheil eine Friſt, binnen welcher der Beklagte etwas zu leiſten habe, ſo beginnt dieſe Friſt nach der allgemeinen Regel des §. 230 mit dem Tage nach der mündlichen Eröffnung oder ſchriftlichen Einhändigung des Urtheils. Dies iſt wenigſtens die Abſicht oder Bedeutung der im Urtheil gemachten richterlichen Auflage. Wenn nun aber dieſer Ausſpruch des Richters noch einem (ordentlichen) Rechtsmittel unterliegt, ſo iſt ſeine Wirkſamkeit (einige beſondere Fälle ausgenommen) ſuspendirt, bis entweder die Friſt abgelaufen oder das Rechtsmittel erledigt iſt.

Wenn alsdann mit dem Ablauf der Friſt das Urtheil nicht mehr anfechtbar, oder nun doch vollziehbar iſt, ſo erhält es nicht blos die Kraft, wie wenn es jetzt erſt gegeben worden wäre, ſondern es erwächſt nach Landrechtsſatz 1179 rückwärts zur Kraft in der Art, wie es anfänglich gegeben wurde, d. h. es iſt jetzt liquid daß der Verurtheilte ſchuldig war, die urtheilsmäßige Verbindlichkeit zu erfüllen, nämlich innerhalb der urtheilsmäßigen (von Verkündung oder Einhändigung des Urtheils an laufenden) Friſt das Auferlegte zu leiſten. Iſt dieſe vom Richter anberaumte Friſt ſchon vorüber, ſo kann der Verurtheilte nicht eine nochmalige Wiederholung derſelben anſprechen, — das Urtheil iſt ſo zur Kraft erwachſen, wie es lautet, daß nämlich von ſeiner Erlaſſung, beziehungsweiſe Eröffnung oder Einhändigung an, innerhalb einer beſtimmten Friſt die Auflage zu erfüllen ſei.

Dies iſt wohl das Ergebniß aus allgemeinen Grundſätzen und insbeſondere aus der Natur aufſchiebender Bedingungen. Es fragt ſich daher nur: ob die Proceßordnung aus beſondern Gründen etwas Abweichendes feſtſetze?

Dieſe Frage iſt zu verneinen, und man kann vielmehr im §. 1229, ſowie zum Theile im §. 667 eine Beſtätigung des angeführten Prinzips finden.

Der §. 1229 erwähnt nämlich in Bezug auf ein Urtheil der II. Inſtanz außer dem Falle, wo dagegen keine Oberappellation zuläſſig iſt, auch des weitern Falles, wo ſie zwar zuläſſig iſt, aber innerhalb der Nothfriſt von 14 Tagen nicht angezeigt wurde. Auch von dieſem letztern Falle iſt nun geſagt, daß die Friſt zur Urtheilsvollziehung keineswegs erſt von Ablauf dieſer 14 Tage, als von der Rechtskraft des Urtheils an, ſondern von dem Tage an laufe, wo das Appellationsurtheil der Partei eingehändigt worden iſt. Gilt dies von einem der Oberappellation unterliegenden Appellationsurtheile, ſo muß es in gleicher Weiſe auch von einem Urtheile der I. Inſtanz gelten, in der Art, daß die Friſt zur Urtheilsvollziehung, wenn keine Appellation angezeigt wurde, nicht erſt von Ablauf der Anzeigefriſt, ſondern ſchon von der Urtheilseinhändigung an zu berechnen iſt.

Daſſelbe muß alſo auch von dem Verſäumungserkenntniß gelten, ſo daß, wenn keine Wiederherſtellung nachgeſucht wurde, die Friſt zur Urtheilsvollziehung nicht erſt von Ablauf der Wiederherſtellungsfriſt, ſondern ſchon von Einhändigung des Urtheils an berechnet wird. Damit

Digitized by Google

steht der §. 667 im Einklange, indem kein Grund sichtbar wäre, aus dem die Frist zur Vollziehung des Versäumungserkenntnisses nicht kürzer, als die Wiederherstellungsfrist, bestimmt werden soll, wenn die erstere Frist doch erst nach Ablauf der Letztern zu laufen anfienge.

Die Red.

II.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

1) Versteigerungsverfügung: deren Eintrag in das Unterpfandsbuch nach §. 1030 der Proceßordnung erzeugt die im Landrechtssatze 2199 a bemerkten Folgen, gibt aber kein Unterpfandsrecht.

2) Vollstreckungsverfügung: der Eintrag einer solchen in das Unterpfandsbuch bewirkt kein richterliches Unterpfandsrecht, sondern nur der Eintrag des Urtheils, auf welchen sie sich bezieht.

3) Richterliches Unterpfand, uneingetragenes bewirkt ein Vorzugsrecht in der vierten Rangordnung.

Gegen die Gantmasse des Bäckers A. Wipfler in Karlsruhe liquidirte der Geheime Hofrath Dr. Köhlreuter daselbst eine Forderung von 9600 fl. nebst Zinsen vom 23. Juli 1837.

Mit 3500 fl. nebst betreffenden Zinsen wurde derselbe in der dritten Ordnung mit Pfandrecht vom 23. März 1838 locirt.

Wegen den weiteren 6100 fl. sprach derselbe ein Unterpfandsrecht in der dritten Ordnung, und zwar mit dem Vorrang vor den beiden Gläubigern Abraham Heilmann und Handelsmann Braunwarth von Karlsruhe an.

Von dem Richter erster Instanz wurde Köhlreuter mit dieser Forderung in die fünfte Klasse gesetzt, auf ergriffene Appellation wurde jedoch dieses Erkenntniß von dem Großherzoglichen Hofgerichte in Rastatt dahin abgeändert, daß Köhlreuter in die vierte Klasse zu lociren sei.

Hiergegen ergriff derselbe die Oberappellation, welcher der Gantanwalt in Beziehung auf diese letztere Bestimmung adhärirte.

Der Kläger hatte seinen Anspruch auf vorzügliche Locirung in der dritten Klasse gestützt:

1) Auf einen Sperrschein vom 24. Juli 1838. Darnach war der Bäckermeister Alois Wipfler vor dem Pfandgerichte erschienen, und hatte angezeigt: Es habe nach vorgelegtem Handscheine der Herr Geheime Hofrath Dr. Köhlreuter ihm zur Erbauung seines Hauses gegen einstweilige Ertheilung eines Sperrscheins ein Kapital von 6100 fl. gegen ein Unterpfand in liegendem Gute darzuleihen zugesagt, demzufolge habe er Schuldner zur Sicherheit des Darleihers zum Unterpfand bewilligt einen Hausplatz mit einem darauf befindlichen Hausbanwesen.

Das Pfandgericht beschloß:

wird der zwei Monate giltige Sperrschein mit dem Anhange ertheilt, daß hierauf haften

für den gegenwärtigen Darleiher . . . 3500 fl.
für Kaufmann Braunwarth . . . . . 219 fl.

2) Auf den Eintrag einer amtlichen Vollstreckungsverfügung vom 9. Juli 1838 in das Unterpfandsbuch.

Die Verfügung lautet also:

wird auf die beiden Häuser des Beklagten in der Durlacherthorstraße und in der eröffneten Zähringerstraße für 9600 fl. sammt Zinsen zu 4½ Proc. vom 23. Juli v. J. die Vollstreckung erkannt.

3) In Beziehung auf den Vorzug vor dem Mitgläubiger Kaufmann Braunwarth bezog sich der Geheime Hofrath Dr. Köhlreuter auf eine von jenem Gläubiger vor der Pfandschreiberei abgegebene Erklärung, daß er ihm mit seiner Forderung nachstehen wolle.

4) In der hofgerichtlichen Instanz bezog sich Köhlreuter zur Begründung eines theilweisen Anspruchs an die dritte Rangordnung:

a. Auf die Behauptung, andere Gläubiger, welche Unterpfandsrechte gehabt hatten, in dem Gesammtbetrage von 1735 fl. befriedigt zu haben.

b. Auf die Behauptung, daß zum Zwecke des von dem Gemeinschuldner erbauten Hauses zwei Tausend Gulden Baukosten an den Baumeister bezahlt worden seien.

5) Eventuell nahm Köhlreuter die Locirung in der vierten Klasse in Anspruch, auf den Grund eines am 22. März 1838 ergangenen stadtamtlichen Urtheils, durch welches seine damals eingeklagte ganze Forderung im Gesammtbetrage von 9600 fl. nebst Zinsen für liquid, und der Gemeinschuldner zu deren Zahlung für schuldig erklärt worden war.

Das Hofgericht, welches durch Urtheil von 29. Sep-

Digitized by Google

tember 1841 den Appellanten in die vierte Klasse locirte, ging von folgenden Ansichten aus:

Zu 1. Da ein erhaltener Sperrschein seinem Begriffe zufolge noch keineswegs ein Unterpfands- oder Vorzugsrecht auf das liegenschaftliche Vermögen des Schuldners begründet, sondern nur die im Landrechtssatze 2199 a angegebene Wirkung hat, zur Giltigkeit eines bedungenen Unterpfandes aber, dessen Erwerbung der Appellant bei Erwirkung des fraglichen Eintrags in das Unterpfandsbuch beabsichtigte, nach Maaßgabe des Landrechtssatzes 2127 und des §. 26 des zweiten Einführungsediktes, die Ausfertigung einer förmlichen Pfandverschreibung durch das betreffende Amtsrevisorat erforderlich ist, so beruft man sich vergebens auf jenen Sperrschein und Pfandbuchseintrag, dessen Wirksamkeit bei unterbliebener Ausfertigung der Pfandurkunde erloschen ist, und ohne diese letztere sich auf die Erwerbung oder Bewahrung eines Unterpfandsrechtes nicht erstrecken konnte.

Zu 2. Appellant will dem Eintrage der Vollstreckungsverfügung gleiche Wirkung, als wenn das ergangene Urtheil selbst auf seine Veranlassung in das Pfandbuch eingetragen worden wäre, nämlich die eines auch gegen drittere, sohin in dritter Ordnung wirksamen richterlichen Unterpfandsrechtes darum beigemessen wissen, weil eine Vollstreckungsverfügung dem Urtheile selbst gleich zu achten, und durch den vorliegenden Eintrag derselben den Anforderungen des Gesetzes zur Erlangung eines deßfallsigen Unterpfandsrechtes im Wesentlichen genügt worden sei; allein da die gesetzlichen Bestimmungen über die Erwerbung und Bewahrung von Pfandrechten, als Ausnahmen von der allgemeinen Regel des Landrechtssatzes 2093, wornach sämmtliche Gläubiger ein gleiches Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen ihres gemeinschaftlichen Schuldners haben, strenge auszulrgen sind, und auf ähnliche Fälle nicht ausgedehnt werden dürfen, so kann dem angerufenen Eintrage in das Pfandbuch, welcher weder ein richterliches Urtheil zum Gegenstande hat, noch auf den Antrag des betheiligten Gläubigers oder seines Bevollmächtigten in der durch den Landrechtssatz 2148 vorgeschriebenen Weise, und zum Zwecke der Bewahrung eines etwaigen Unterpfandsrechtes, sondern lediglich auf Veranlassung des Vollstreckungsbeamten, nach Vorschrift des §. 1030 der Proceßordnung zu dem dort angegebenen Zwecke bewirkt worden ist, die Kraft eines ordnungsmäßig eingetragenen richterlichen Urtheils keineswegs beigelegt, es muß vielmehr dessen Wirksamkeit auf diejenigen Folgen beschränkt werden, welche in dem §. 1030 der Proceßordnung ausdrücklich als solche angeführt sind. Hiernach hat aber der von dem Ortsvorgesetzten veranlaßte Eintrag der richterlichen Versteigerungsverfügung in das Pfandbuch blos die Wirkung, daß die Gläubiger, welche erst später noch Vorzugs- oder Unterpfandsrechte auf die zu versteigernden Güter eintragen lassen, bei der Vollstreckung nicht mehr berücksichtigt werden dürfen, daß namentlich hinsichtlich ihrer die im §. 1057 vorgeschriebene Befreiung selbst alsdann eintritt, wenn auch die im §. 1036 erwähnte Ankündigung nicht geschah.

Der Entwurf der Proceßordnung, welcher von der Großherzoglichen Staatsregierung ursprünglich vorgelegt wurde, enthielt zwar in dem entsprechenden §. 1034, an dessen Stelle der §. 1030 des jetzigen Gesetzes getreten ist, die ausdrückliche Bestimmung, daß die Forderung von der Zeit der fraglichen Eintragung an ein Pfandrecht erlange, in so weit ihr nicht bereits ein älteres zustehe; aber gerade der Umstand, daß diese Bestimmung in das später promulgirte Gesetz nicht mit aufgenommen, und dem bezüglichen §. 1034 die jetzt veränderte Abfassung gegeben worden ist, berechtigt zu dem Schlusse, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, mit der neuen Proceßordnung eine ihrer Natur nach in das Landrecht gehörige Bestimmung über den Erwerb von Unterpfandsrrchten zu geben, und damit eine neue Art von derartigen Rechten zu schaffen.

Hiermit steht auch der §. 1076 im Einklang, welcher allgemein, und sohin auch in Bezug auf den hier vorliegenden Fall einer Zwangsversteigerung von Liegenschaften verordnet, daß in Folge eines Ganterkenntnisses, welches in der dort bezeichneten Frist gegen den Schuldner erlassen wird, die Ergebnisse der Versteigerung zur Masse gezogen werden sollen, ohne daß der die Vollstreckung betreibende Gläubiger durch die Letztere ein Recht auf vorzügliche Befriedigung erlange; diese gesetzliche Vorschrift würde verletzt werden, wenn der §. 1030 im entgegengesetzten Sinne ausgelegt, und dem dort erwähnten, lediglich durch den Vollstreckungsbeamten in Folge einer Vollstreckungsverfügung und zum Zwecke des Vollstreckungsverfahrens zu bewirkenden Eintrage in das Pfandbuch, die Wirkung eines richterlichen Unterpfands,

Digitized by Google

und damit eines Anſpruchs auf vorzügliche Befriedigung aus dem Gegenſtande der Vollſtreckung zuerkannt werden wollte.

(Zu 3. Dieſer Punkt wird umgangen, weil er ſich darauf beſchränkte, daß Handelsmann Braunwarth nur zugab, die behauptete Erklärung unter einer Bedingung, die nicht eingetreten ſei, abgegeben zu haben, und der Appellant die Erfüllung dieſer Bedingung nicht bewieß).

Zu 4. Appellant nimmt in dieſer Inſtanz für die Summe von 1735 fl., welche zur Befriedigung älterer Unterpfandsgläubiger verwendet worden, unter Berufung auf Landrechtsſatz 1251. Nr. 1, wornach er kraft Geſetzes in die Rechte jener Gläubiger eingetreten, die ihnen an den Liegenſchaften des Cridars zugeſtandenen Unterpfandsrechte, ſodann für die an den Baumeiſter Daum bezahlten 2000 fl., das geſetzliche Vorzugsrecht des Landrechtsſatzes 2103. Nr. 5 auf das neuerbaute Haus in Anſpruch. Seinem deßfallſigen Begehren ſteht jedoch zuvörderſt der von dem Gantanwalt erhobene Einwand entgegen, daß die neuen Anführungen des Appellanten in der That eine abgeänderte neue Klage enthalten, und als ſolche in zweiter Inſtanz nach §. 1221 der Proceßordnung nicht mehr zuläßig ſind, indem damit nunmehr Unterpfands- und Vorzugsrechte geltend gemacht werden wollen, welche mit der Liquidation der fraglichen Forderung und in der früheren Inſtanz überhaupt gar nicht angeſprochen worden ſind.

Wäre aber auch ein ſolches thatſächlich neues Vorbringen zuläſſig, ſo müßten immerhin die neuen Anführungen des Appellanten für unerheblich, und die darauf geſtützten Anſprüche auf vorzugsweiſe Befriedigung für unbegründet erklärt werden; denn was zuerſt die behauptete Verwendung eines Theils der dargelichenen Summe zur Befriedigung älterer Unterpfandsgläubiger des Gemeinſchuldners betrifft, ſo iſt der Fall des angerufenen Landrechtſatzes 1251 Nr. 1, wonach kraft Geſetzes derjenige Gläubiger, welcher einen anderen vorzüglicheren Gläubiger befriedigt, in die Rechte des Letzteren eintritt, offenbar nicht vorhanden, da der Appellant keineswegs behaupten konnte, daß er als damaliger minder bevorzugter Gläubiger die ihm vorgehenden älteren Pfandgläubiger ſelbſt befriedigt habe, aus der von ihm abſchriftlich vorgelegten Urkunde vielmehr das Gegentheil hervorgeht, nämlich, daß die vorgeliehene Summe nicht jenen älteren Gläubigern, ſondern dem entleihenden Schuldner ausbezahlt, und dieſem dabei nur die Auflage gemacht worden iſt, die benannten Unterpfandsgläubiger damit zu befriedigen; es findet darum nicht die Beſtimmung des Landrechtſatzes 1251 Nr. 1, ſondern die des Landrechtſatzes 1250 Nr. 2 ihre Anwendung, wonach der Eintritt in die Rechte der älteren Unterpfandsgläubiger nur dann erfolgt ſein würde, wenn die dort erwähnten Bedingungen und Vorſchriften beobachtet worden wären, deren Beobachtung jedoch von Seiten des Appellanten gar nicht behauptet wird.

Gleiche Bewandniß hat es mit dem Vorzugsrechte, welches auf den Grund der Behauptung angeſprochen wird, daß ein Theil der Darlehensſumme zur Beſtreitung der Koſten eines neuerbauten Hauſes an den Bauunternehmer bezahlt worden ſei. Zur Erwerbung eines derartigen Vorzugsrechtes überhaupt, und zur Wirkſamkeit deſſelben gegen dritte Perſonen insbeſondere wäre nach Vorſchrift der Landrechtsſätze 2103 Nr. 4 und 5, 2106, 2110 und 2113 erforderlich geweſen, daß die im Landrechtſatz 2103 Nr. 4 und 5 angeführten Bedingungen ſeiner Statthaftigkeit erfüllt, und die im Landrechtſatz 2110 verordneten Einträge in das Pfandbuch gemacht worden wären; dieſen Anforderungen des Geſetzes iſt aber auch hier weder in der einen noch in der anderen Beziehung von Seite des Appellanten, ſo viel aus ſeinen Anführungen hervorgeht, genügt worden.

Zu 5. Der Appellant hat auf den Grund eines unterm 22. März 1838 ergangenen ſtadtamtlichen Urtheils, durch welches ſeine damals eingeklagte Forderung in ihrem Geſammtbetrage von 9600 fl. nebſt Zinſen für liquid, und der Gemeinſchuldner zu deren Bezahlung für ſchuldig erkannt wurde, um Location ſeiner Forderung in die vierte Klaſſe gebeten, weil er mit jenem Urtheile, wenn auch deſſen Eintragung in das Pfandbuch unterblieben ſei, immerhin ein in der vierten Klaſſe wirkſames Unterpfandsrecht auf ſämmtliche Maſſe-Liegenſchaften erworben habe.

Auch dieſer beſchränkte Anſpruch auf Vorrang, bei welchem die Gläubiger der fünften Ordnung betheiligt ſind, wurde von dem Gantanwalt beſtritten, und von dem Richter durch Location der Forderung zu 6100 fl., für welche ein ſonſtiges Vorrecht nicht dargethan werden konnte, in die fünfte Klaſſe verworfen, aus Gründen jedoch, die bei näherer Prüfung unhaltbar erſcheinen.

Digitized by Google

Die Rechtsbelehrung vom 28. December 1811 Regbl. vom Jahr 1812 S. 8, auf welche man ſich bezieht, hat, weil dem Großherzoglichen Juſtizminiſterium, von welchem ſie erlaſſen wurde, die Befugniß, Geſetze zu geben, nicht zugeſtanden, weder geſetzliche Kraft noch den Werth einer authentiſchen Interpretation; als doktrinelle Auslegung des Geſetzes, wofür ſie allein zu betrachten iſt, kann dieſelbe daher den Richter nicht binden, wenn nach ſeiner Anſicht deren Inhalt mit dem Ausſpruche beſtimmter Geſetze im Widerſpruch ſteht. Gleiches gilt von der weiters angerufenen in Brauers Erläuterungen Bd. 6. S. 781 und 782 aufgeſtellten Anſicht, womit dieſer Rechtslehrer ſeine früheren mehrfach ausgeſprochenen entgegengeſetzten Anſichten über die Wirkſamkeit uneingetragener richterlicher Unterpfandsrechte zurückgenommen, und ſolchen Pfandrechten in der That jede Wirkſamkeit abgeſprochen hat.

Es iſt nun keinem Zweifel unterworfen, daß durch die auf höchſten Befehl des Regenten erlaſſene Verordnung vom 3. Mai 1811. Regierungsbl. S. 53. die in dem §. 26 Abſatz 3 des Einführungsedikts zum Landrecht enthaltene Beſtimmung, durch welche richterliche Unterpfänder überhaupt für unſtatthaft erklärt worden waren, aufgehoben, und damit die neulandrechtliche Geſetzgebung über dieſe Art von Unterpfandsrechten wieder hergeſtellt worden iſt. Sieht man aber auf die deßfallſigen Beſtimmungen des Landrechts, und zwar zunächſt auf den hieher gehörigen Satz 2123, ſo iſt es ebenſo unzweifelhaft, daß hier durch Verfügung des Geſetzes jedem richterlichen Urtheile zu Gunſten deſſen, für den es ergeht, die Wirkung eines mit dem Namen eines richterlichen bezeichneten Unterpfands beigelegt wird, welches zufolge des zweiten Abſatzes des allegirten Satzes ſowohl auf gegenwärtige als auf künftige Liegenſchaften des Schuldners geltend gemacht werden kann, jedoch mit Vorbehalt der Einſchränkungen, welche in den nachfolgenden Sätzen ausgedrückt, und für ſämmtliche allgemeine Unterpfandsrechte geltend ſind.

Zur Wirkſamkeit dieſes Pfandrechtes Dritten gegenüber iſt zwar allerdings nach dem hier weiter maßgebenden Landrechtsſatze 2124 die vorſchriftmäßige Eintragung deſſelben in das Unterpfandsbuch nothwendig, und es erſcheint darum nach franzöſiſchem Civilrechte in ſeiner urſprünglichen Geſtalt, nämlich abgeſehen von den beſonderen Zuſätzen und Modificationen, welche der Code Napoleon bei ſeiner Einführung als badiſches Landrecht erhalten hat, die Behauptung als gerechtfertigt, daß ein nicht eingetragenes richterliches Unterpfand gegen dritte Perſonen ſchlechthin keine Wirkſamkeit habe, ſohin weder gegen dritte Beſitzer der Liegenſchaften des Schuldners geltend gemacht werden könne, noch irgend ein Vorrecht in der Befriedigung vor anderen gemeinen Gläubigern begründe. Allein die in dem Landrechtsſatze 2134 enthaltene Regel des franzöſiſchen Rechtes, wonach richterliche Unterpfandsrechte, ſo wie Unterpfandsrechte überhaupt, ſofern ſie der Eintragung bedürfen, im Falle des unterbliebenen Eintrags gänzlich wirkungslos ſind, hat durch den Landrechtszuſatz 2218 a Abſatz 4 eine Beſchränkung erlitten, indem hier für den Fall der Unzulänglichkeit des Vermögens zur Befriedigung ſämmtlicher Gläubiger mit klaren Worten und ohne Unterſchied zwiſchen richterlichen oder anderen des Eintrags bedürftigen Unterpfandsrechten, eine in der Art beſchränkte Wirkſamkeit gegen Dritte eingeräumt iſt, daß, wenn auch dieſelben wegen unterbliebenen Eintrags von jeder Coneurrenz mit eingetragenen Vorzugs- und Unterpfandsrechten, deßgleichen mit ſolchen, welche des Eintrags nicht bedürfen, ausgeſchloſſen ſind, und wenn auch die Befugniß auf dritte Beſitzer der verhafteten Liegenſchaften zu greifen, für ſie verloren iſt, ihnen doch immerhin nach vorangeführter geſetzlicher Beſtimmung der Vorrang vor den gemeinen Gläubigern, das Recht der Befriedigung in der vierten Klaſſe zuſteht.

Der Appellant iſt hiernach durch das unterrichterliche Ganturtheil in ſo weit beſchwert, als er mit ſeinem eventuellen Anſpruche auf Location in der vierten Klaſſe abgewieſen worden iſt. Ef...

III.

Rechtsgutachten

in Sachen des Obergerichtsadvokaten Rindeſchwender zu Raſtatt, als Miteigenthümer der Grundherrſchaft Neuweiher, Kläger, Appellanten, gegen die Räthin Sophie Asmut, geborne Freiin v. Fechenbach-Sommerau in Baden, Beklagte, Appellatin, die Theilung der Grundherrſchaft Neuweiher betreffend.

§. 1.

In obiger Rechtsſache erließ das großh. Hofgericht zu Raſtatt unterm 26. Mai d. J. das Urtheil:

„daß die Klage nicht Statt habe."

Die Klagschrift, auf die hin, ohne den Gegentheil darüber zu vernehmen, dieses Erkenntniß erlassen wurde, lautet wörtlich:

„Die Grundherrschaft Neuweiher bei Steinbach, Amts Bühl, gehörte dem Grafen Edmund von Kesselstadt zu Trier, und dem übrigen gräflich v. Kesselstadt'schen Stamm; sodann der Freifrau Sophie von Fechenbach Sommerau in Würzburg, und endlich der Ehefrau des Raths Asmut, Sophie, geb. Freiin von Fechenbach Sommerau sonst in Steinbach, jetzt in Baden, als ein ungetheiltes Miteigenthum an.

Der Antheil des gesammten gräfl. v. Kesselstadt'schen Stammes an diesem Miteigenthum beträgt $^{1655}/_{4020}$ Theile, jener der Freifrau Sophie von Fechenbach Sommerau in Würzburg $^{1056}/_{4020}$ Theile, und jener der beklagten Räthin Asmut zu Baden $^{1713}/_{4020}$ Theile der ganzen Grundherschaft. Den Antheil des gräfl. v. Kesselstadt'schen Miteigenthums habe ich, der Kläger, von den Theilhabern dieses Stammes unterm 23. Januar 1838 durch Kaufvertrag um die Summe von 62,000 fl. eigenthümlich an mich gebracht. Ich bin bereit, wenn es nöthig wird, diese Kaufurkunde vorzulegen.

Dieser mein Kauf ist in den betreffenden Grundbüchern gehörig eingetragen. Auch dieses kann ich ständlich beurkunden. Als dem hohen Gerichtshofe wohlbekannten Werth des Streitgegenstandes bezeichne ich die höchste Sportelklasse.

Die erwähnte Gemeinschaft bestätigt die Wahrheit des alten Spruchs: „communio est mater rixarum," und bei einer aus so mannigfaltigen Bestandtheilen bestehenden und nach so verwickelten Bruchtheilen besessenen Grundherrschaft müßte es wirklich eine Seltenheit seyn, Verschiedenheit der Ansichten und dadurch bedingte Streitigkeiten vermieden zu sehen.

Darum ist eine Theilung des Guts nicht nur nothwendig, sondern auch im wohlverstandenen Interesse der Theilhaber begründet, und ich mache von dem mir, kraft des erkauften Eigenthums, erworbenen Rechte, anmit Gebrauch, und beantrage, gestützt auf die Bestimmung des L. R. S. 577 d. g. und 815, die Theilung der bisher in ungetheiltem Miteigenthume besessenen Grundherrschaft Neuweier.

Ich erhebe diese Klage vor einem hohen Gerichtshofe unmittelbar, da derselbe seine Zuständigkeit in Angelegenheiten dieser Grundherrschaft wiederholt anerkannt hat.

Ich erhebe sie gegen die Ehefrau des Raths Asmut, Sophie geb. Freiin von Fechenbach Sommerau, als Miteigenthümerin nach oben angeführtem Antheile zu $^{1713}/_{4020}$ Theilen.

Die Art und Weise der Theilung, insbesondere ob sie im Stück (theilweise oder durchaus) vor sich gehen könne (L. R. S. 826, 827 a,) oder ob nach L. R. S. 1686 eine Versteigerung nothwendig werde, so wie, nach welchen vertragsmäßig festzusetzenden oder richterlich zu bestimmenden Formen die letztere geschehen müsse, will ich zur Zeit nicht zum Gegenstande der Klage und der Verhandlungen machen, um die eigentliche Rechtsfrage der Theilung nicht mit Verhältnissen des bloßen Vollzugs zu verbinden, über welch' letzteren auch, wenn vorerst jener Grundsatz entschieden ist, die Betheiligten sich leichter außergerichtlich — als über bloße Thatsachen und Maßregeln der Zweckmäßigkeit — verstehen werden.

Selbst das Gesetz hält die Frage des Rechts der Theilung von jener der Art und Weise der Theilung getreunt (L. R. S. 823, 828, 1688.).

Aus diesen Gründen stelle ich den rechtlichen Antrag:

„Ein hoher Gerichtshof wolle zu Recht aussprechen, daß die Räthin Asmut, unter Tragung der Kosten, schuldig seie, die ungetheilte Grundherrherrschaft Neuweiher, nach dem oben angegebenen Verhältniß meines und ihres Miteigenthums daran, zu $^{1655}/_{4020}$ und beziehungsweise $^{1713}/_{4020}$ Theilen mit mir abzutheilen."

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe den 16. September 1843.

Rechtsgutachten

in Sachen des Obergerichtsadvokaten Rindeschwender zu Rastatt, als Miteigenthümer der Grundherrschaft Neuweiher, Kläger, Appellanten, gegen die Räthin Sophie Asmut, geborne Freiin v. Fechenbach-Sommerau in Baden, Beklagte, Appellatin, die Theilung der Grundherrschaft Neuweiher betreffend.

(Schluß).

§. 2.

Diese so gestellte Klage wurde in der Form des §. 358 der Proceßordnung, also nach den Worten dieser Gesetzesstelle, deßhalb auf diese Art abgewiesen, weil „es sich aus der Klage selbst unbezweifelt ergibt, daß sie in Rechten nicht begründet ist.“ Die Gründe, aus denen der Gerichtshof diese unbezweifelte Unbegründetheit der Klage hernimmt, sind nach ihm zweifach:

A. Weil die Grundherrschaft Neuweiher ein ungetheiltes im Miteigenthume von drei Personen befindliches Gut sey, daher auch die Theilung gegen alle Theilhaber verlangt werden müsse, indem sonst das über alle Theile der gemeinschaftlichen Sache sich erstreckende Recht des Miteigenthümers, gegen welchen das Theilungsbegehren nicht gerichtet ist, an der gemeinschaftlichen Sache fortbesteht und somit eine Theilung der im Miteigenthum befindlichen Sache rechtlich nicht erfolgt. *)

B. Weil zur Statthaftigkeit der Theilungsklage auch erfordert wird, zu sagen, wie getheilt werden solle, indem sonst, wenn über diesen Punkt keine Entscheidung erfolgt, der Zweck einer solchen Klage, d. h. die Aufhebung des ungetheilten Miteigenthums schlechterdings nicht erreicht wird, da es nach Landrechtssatz S. 577b c. und 827 nicht dem Belieben jeden Miteigenthümers überlassen ist, zu bestimmen, auf welche Weise getheilt werden solle und folgeweis durch ein Erkenntniß darüber, daß zu theilen sey, mehr nur eine Rechtsfrage, nicht aber die Aufhebung des ungetheilten Miteigenthums entschieden würde.

Dies sind die zwei einzigen Entscheidungsgründe des Rastatter Hofgerichts.

Wir stehen demnach hier, ohne irgend eine thatsächliche Schwierigkeit, auf dem Gebiete einer reinen Rechtsfrage, wornach der Gerichtshof also annimmt, daß zum Thatbestande einer Theilungsklage gehöre, einmal, sie müsse gleichzeitig gegen alle Theilhaber erhoben werden, und zum andern, sie müsse zugleich die Art und Weise der Theilung in sich aufnehmen.

Ich halte diese Ansicht in allen ihren Grundlagen durchaus verfehlt.

§. 3.

Zu A. Das Miteigenthum kann an sich keinen Grund abgeben, und zwar weder dazu, daß der Miteigenthümer

*) Warum der Gerichtshof dem Kläger, ohne Vorbehalt des Wahlrechts, zur unbedingten Pflicht macht, die Theilungsklage gegen alle Theilnehmer zu richten, und nicht den Gegensatz offen läßt, daß der Kläger entweder Alle als Beklagte belangen, oder mit Allen als Klägern gegen einen Beklagten klagen müsse, ist in diesem Urtheil eben so unerklärlich, als daß das Beklagen aller Theilnehmer bei dem Miteigenthum überhaupt, also auch bei dem theilbaren Miteigenthum jeder Art, gefordert wird. Stellt man einmal mit dem Gerichtshof die Sache auf die Natur des Miteigenthums, so ist obiges Wahlrecht des Klägers eine ebenso nothwendige Folge, als daß bei dem theilbaren Eigenthum ein theilweises Verfolgen seines Rechts zulässig ist, weil hier „eine theilweise Vollziehung“ möglich ist. L. R. S. 1217.

Digitized by Google

nicht ohne seine anderen Miteigenthümer Klage erhebe, noch dazu, daß er alle Miteigenthümer belange. Weder das eine noch das andere folgt aus der Natur des Miteigenthums.

Das erste nicht, weil aus dem Umstande, daß ich etwas mit mehreren gemeinsam besitze, nicht folgt, daß ich über meinen Antheil überhaupt ohne die andern nicht verfügen dürfe, sondern nur so viel, daß ich nicht über mehr verfüge, als ich zu eigen besitze; das letztere folgt aber nicht, weil der Beklagte, der noch mehrere Theilhaber hat, darum nicht fordern kann, seine Verbindlichkeit überhaupt nicht erfüllen zu dürfen, sondern nur um zu nicht mehr verurtheilt zu werden, als eben seine Verbindlichkeit ausmacht.

Die Herbeiziehung der mehreren Mitkläger in dem ersten, und die Herbeiziehung der mehreren Beklagten in dem zweiten Falle ist keine Folge aus der Natur des Miteigenthums, sondern sie kann nur den Zweck haben, Verwickelungen im Vollzuge vorzubeugen, aus welcher Betrachtung sich zugleich mit Nothwendigkeit ergibt, daß auch das Recht zur Theilung an sich nicht beengt oder gehemmt, sondern nur angeordnet werden kann, daß dem Kläger in dem einen Falle nicht zu viel zugesprochen, und dem Beklagten in dem andern Falle nicht zu viel auferlegt werde.

Diese Grundsätze haben nun bei theilbarem Miteigenthum schon nach der Natur der Theilbarkeit überall kein Bedenken, und wie sie sich rücksichtlich des untheilbaren gestalten werden, ist in §. 4 besonders behandelt.

§. 4.

Man könnte nun gegen diese in §. 3 entwickelte Ansicht die Einwendung machen, daß es solche Handlungen in einer ungetheilten Gemeinschaft gebe, die von dem Einzelnen, ohne Theilnahme aller übrigen Miteigenthümer, sey es in ihrer Eigenschaft als Kläger, oder als Beklagte, weder in rechtlicher, noch natürlicher Weise ausgeübt werden könnten, und in denen also ein gemeinsames Handeln Aller eine unbedingte Nothwendigkeit sey. So in besonderer Anwendung auf die Theilungsklage sey es unmöglich, eine Theilungslinie zu ziehen, welche nicht auch über das, dem nicht vertretenen, weiteren Theilhaber gehörige, auf alle und jede einzelne Bestandtheile sich erstreckende Miteigenthum ziehe, und daher auch ohne ihn nicht gezogen werden dürfe. Allein diese Ansicht ist an sich unrichtig, und jedenfalls von der Gesetzgebung mit Bestimmtheit verworfen worden. In ersterer Beziehung ist der Gesichtspunkt fest im Auge zu behalten, daß dasjenige, was bloß Einzelne unter sich thun, auch nur sie berühre, und für den Dritten und gegen den Dritten keine Rechtswirkung haben könne.

L. R. S. 1165.

fr. 27. §. 4 de pactis (2. 14).

L. 2. inter alios acta, aliis non nocere (7. 60).

Es kann also z. B. ein Dreien gemeinsames Landgut unter zwei Theilhaber nach der Verschiedenheit ihrer Ansprüche vollständig abgetheilt werden, aber dem Dritten gebührt, auch wenn ihm sein Antheil ausgeworfen wird, dennoch an jedem einzelnen der abgetheilten Theile sein ihn treffender Antheil, und jeder der beiden ersten Theilhaber muß also nochmals mit diesem Dritten besondere Abtheilung pflegen, wenn der Dritte sich mit der ohne ihn vorgenommenen Theilung nicht begnügt. Der Kläger kann seinen guten Grund haben, bloß gegen diesen oder jenen seiner Miteigenthümer klagend aufzutreten, und will Beklagten eine auch gegen die übrigen Theilhaber gültige und somit allgemeine Theilung veranlassen, so ist dies seine Sache, und es steht ihm das Recht zu, gegen den Dritten die Theilungsklage zu erheben, und durch gleichzeitige Behandlung auf eine für alle Theilhaber gültige Theilung anzutragen.

fr. 37. §. 1 de O. et A. (44. 7).

fr. 10 finium regundorum (10, 1).

Daher sagt Glück im Commentar 11. Band, S. 33: „Sind mehrere Erbschaften unter einerlei Parteien gemeinschaftlich, so kann wegen derselben, wenn sie ihnen auch „aus verschiedenen Gründen zustehen, einerlei Klage gebraucht, und sie können zusammen in einerlei Proceß „gezogen werden. Dieses findet sogar dann statt, wenn „bei einer der gemeinschaftlichen Erbschaften noch ein „Dritter als Miterbe interessirt ist."

arg. fr. 25. §. 3 u. 4 famil. ercisc. (10. 2).

fr. 52. §. 14. pro socio (17. 2).

Was in zweiter Beziehung den Ausspruch der Gesetze betrifft, so ist es bekannt genug, daß die Streitfrage des vorliegenden Falles so alt ist, als die Geschichte des römisch-deutschen Rechtes. In Kürze aufgefaßt, besteht der Gang, den diese Streitfrage genommen hat, darin, daß ursprünglich die größte Anzahl der Rechtsgelehrten von

Digitized by Google

der Ansicht ausging, daß die mehreren Theilhaber an der bestrittenen Sache in ihrer Gesammtheit als Kläger oder als Beklagte auftreten müßten, und daß insbesondere dem einzeln Beklagten das Recht zustünde, durch die Vorschützung der Einrede mehrerer Streitgenossen den Kläger zu zwingen, die übrigen nicht belangten Theilnehmer gleichfalls in Streit mit hereinzuziehen. Im Verlaufe der Zeit minderte sich diese Zahl der Rechtsgelehrten immer mehr und mehr, und die dieser Ansicht treu gebliebenen beschränkten sich auf den Rechtssatz, daß dann, aber auch nur dann diese Einrede begründet wäre, wenn es sich von untheilbaren Streitgegenständen handle, während bei theilbaren diese Einrede allgemein und ohne Ausnahme als unbegründet aufgegeben wurde. Es war klar, daß bei tieferer Eingehung in die Frage und bei schärferer Ausscheidung eine Vertheidigung der alten Ansicht auch bei theilbaren Sachen schlechthin unmöglich war, da gerade die Natur der Theilbarkeit darin besteht, daß die verschiedenen Rechte ausgeübt und in Anspruch genommen werden können, ohne in die Rechte der andern Theilhaber dadurch überzugreifen, und gerade das Hereinragen der Rechte der Andern in die Rechte der allein Streitenden die alleinige Schwierigkeit bei der Frage erzeugt. Gönner und Martin, ohnehin nebst Grolmann die Begründer einer wissenschaftlichen Behandlung des deutsch-bürgerlichen Verfahrens, haben auch zuerst diese Frage einer gründlichen Untersuchung unterworfen, und beide, obwohl hierin Gegner, stimmten doch darin mit einander überein, daß sie diese Einrede bei theilbaren Gegenständen als unbegründet verwarfen. Bei untheilbaren Sachen aber behauptete Gönner*): „Daß, da ein Urtheil nur unter denjenigen gültig sey, „welche ihre Rechte bei Verhandlungen des Streites ver„theidigt hätten, es nicht möglich wäre, über einen un„theilbaren gemeinschaftlichen Gegenstand den „Streit gültig zu verhandeln, wenn nicht alle Theilneh„mer am Streitgegenstand ihre Rechte vertheidigt haben. „Wenn er auch zugeben wolle, daß bei Correalverbindlich„keiten die Einrede mehrerer Streitgenossen unstatthaft sey, „so liege der Grund dazu nicht in der allgemeinen „Regel, daß auch bei untheilbaren Gegenständen diese „Einrede nicht gebraucht werden könne, sondern darin, „daß eine Correaleigenschaft den Begriff einer Gemein„schaft ausschließe, welche allein den Grund enthält, „warum ein Theilnehmer ohne den andern über einen ge„meinschaftlichen Gegenstand nicht gültig handeln kann."

Allein, wenn Gönner die Einrede bei Correalverbindlichkeiten verwirft, und sie bei ungetheilten Gemeinschaften für zulässig hält, so befindet er sich in einem offenen Widerspruche, da gerade die Correalverbindlichkeiten ungetheilte Gemeinschaften, d. h. solche Rechtsverhältnisse sind, in welchen Mehreren eine ihnen gemeinschaftliche Sache in der Art zusteht, daß jeder von ihnen diese Sache für sich und ohne die Andern zu fordern berechtigt ist. Die Correalität hebt nicht die Gemeinschaft auf, sondern setzt sie vielmehr voraus und bestimmt, daß der Gemeinschaftlichkeit ungeachtet dennoch jeder der einzelnen Theilhaber das Ganze allein fordern dürfe. Jetzt erst, nachdem der Einzelne das Ganze gefordert und erhalten hat, hört die bisher bestandene Gemeinschaft auf.

fr. 2, fr. 3 §. 1. h. t. (de duobus reis const. 45. 2)
fr. 17 pr. de dolo malo (4. 3).
fr. 14, §. 15 quod metus causa (4. 2).
L. R. S. 1200.

Wenn also Gönner die ungetheilte Gemeinschaft als den alleinigen Grund ansah, warum bei ihr die Einrede mehrerer Streitgenossen begründet seyn müßte, und er zugleich bei der Sammtverbindlichkeit dieser Einrede ausschloß, so wich ihm der Boden seiner eigenen Behauptung unbemerkt unter den Füßen, und es muß daher diese Einrede auch in jenem Falle als unbegründet verworfen werden.

Die Gesetze haben also der Correalität mehr Rücksicht getragen als der Gemeinschaft, und bei dem gegenüberstehenden Interesse Beider, der ersteren den Vorzug gegeben.

§. 5.

So stand die Rechtsfrage zur Zeit, als die badische Gerichtsordnung bearbeitet und verkündet wurde. Eine Ansicht, daß die Einrede der mehren Streitgenossen auch bei theilbaren Gegenständen begründet sey, gab es nicht mehr, und rücksichtlich der untheilbaren fand die von Martin**) vertheidigte Meinung solchen Anklang, daß sie beinahe allgemein angenommen wurde. Einer der Mitarbeiter des Entwurfs

*) In seinem Handbuche des Processes, 1. Theil, Abhandlung 19 §. 16 folg.

**) In seinem und Walch's Magazin für den Civilproceß. S. 34 folg.

hatte die Meinung von Martin für eine „jeden Zweifel ausschließende Ansicht“ erklärt und behauptet, „daß die Gönner'schen Widerlegungsgründe wohl nie die Probe aushalten könnten“*). Bei der bekannten Vorliebe seines andern Standesgenossen für Martinische Meinungen darf man nicht erstaunt seyn, wenn auch bei dieser Frage, wie bei so vielen andern, die Behauptungen dieses Schriftstellers als wirkliche Gesetze in die Proceßordnung übergingen, und so der §. 97 entstand, wornach die fragliche Einrede auch bei untheilbaren Gegenständen für unzulässig erklärt, und wörtlich Folgendes verfügt wurde:

„Durch die Einrede, daß eine oder mehrere andere Personen vorhanden seyen, die als Streitgenossen des Klägers aufzutreten berechtigt, oder als Streitgenossen des Beklagten zu belangen wären, kann der Beklagte von der Verbindlichkeit, sich auf die Klage einzulassen, nicht frei werden. Die Nachweisung, daß mehrere Streitgenossen vorhanden sind, hat bei untheilbaren Gegenständen nur auf die Vollstreckung des Urtheils Einfluß, indem sie den Verurtheilten berechtigt, für den Antheil der Streitgenossen an dem Gegenstande von der Gegenpartei Bürgschaftsleistung**) zu verlangen.“

§. 6.

Man könnte nun zweifeln, und hat auch wirklich die Frage gestellt, ob denn auch die Theilungsklage unter der Bestimmung des §. 97 enthalten, und ob also diese Klage ebenfalls gegen bloß einen der mehreren Miteigenthümer angestellt werden dürfe. Allein die bejahende Antwort kann weder nach der Gesetzesstelle, noch nach dem früheren Stande der dadurch gelösten Rechtsfrage in besonderer Beziehung auf die Theilungsklage irgend einem Zweifel unterliegen. In jener Beziehung kommt vor Allem zu bedenken, daß der erste Satz im §. 97 ohne alle Unterscheidung ganz allgemein die Unzulässigkeit der Einrede mehrerer Streitgenossen ausspricht, und im zweiten Satze nur bei der Klage auf einen untheilbaren Gegenstand eine besondere Bürgschaftsleistung vorschreibt. Hiernach löst sich der angeregte Zweifel von selbst in der Art auf, daß, wenn der Gegenstand der Theilungsklage eine theilbare Sache ist, die Einrede unbedingt verworfen werden muß, und wenn die Sache eine untheilbare ist, dem Kläger auf Antrag des Verurtheilten Bürgschaftsleistung auferlegt werden kann. Daß aber auch der Absicht des Gesetzes gemäß die Theilungsklage mit unter der Bestimmung des §. 97 begriffen ist, geht aus dem früheren Rechte und der Bearbeitung desselben mit voller Bestimmtheit hervor. Das römische Recht hat nämlich die Theilungsklage, deren Zulässigkeit man jetzt aus den Gründen des §. 4 bezweifelt, unbedenklich auch blos gegen einzelne Theilhaber zugelassen, indem darin folgendes bestimmt ist:

Et si non omnes qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium (i. e. communi dividundo fr. 1 h. t.) inter eos accipi potest. fr. 8 communi dividundo (10. 3).

Zu dieser Stelle bemerkt Brunnemann:

Si non omnes velint dividere, sed duo tantum, inter duos tantum subsistet judicium, scilicet ut omnia bona inter se dividant, et nolentis dividere partes suas in singulis bonis divisis retineant. Respectu reliquorum communio soluta non est, et sic inter caeteros durant ejusdem societatis vel communionis pristinae leges vel conditiones. Brunneman ad Pand.

Auch Schmidt erkennt die Einrede der mehreren Streitgenossen bei der Theilungsklage für ungegründet an †).

Eben so bestimmt drückt sich das Römische Recht rücksichtlich der Erbschaftstheilungsklage (actio familiae erciscundae), die mit der vorliegenden auf gleicher Linie steht, aus:

fr. 2, §. 4, familiae erciscundae (10. 2).

dubitandum non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi potest.

Noch bestimmter äußert sich

fr. 43, h. t.

*) Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis, III. Bd. S. 42 u. 43. Noch entschiedener spricht sich Mittermaier gegen die Zulässigkeit der Einrede mehrerer Streitgenossen aus in demselben Werke, 23ster Band, 3. Heft, S. 376.

**) Wenn der Fall sich dazu eignet, fr 1, §. 36 Depositi (16. 3). c. 2. h. t. (3. 40).

†) Er sagt darüber wörtlich Folgendes: „Unstatthafte Einreden gegen die Theilungsklage sind:

3) auch die exceptio plurium litis consortium: z. B. ihrer vier besitzen eine Sache gemeinschaftlich, und einer von ihnen klagt allein auf die Theilung, der Beklagte aber verlangt, Kläger solle erst beibringen, daß auch die Andern mit der Klage zufrieden wären. Das braucht der Kläger nicht, denn er kann klagen, wenn auch die Andern nicht zufrieden wären, daß die Gemeinschaft aufgehoben würde. Siehe Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von den Klagen. 4. Band §. 1148.

arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest, nam provocare apud judicem vel unum heredem posse, palam est, igitur et *praesentibus ceteris et invitis poterit* vel unus arbitrum poscere.

Auch über dieſe Geſetzesſtellen ſprechen ſich die Schriftſteller auf gleiche Weiſe, wie oben über die gewöhnliche Theilungsklage (actio communi dividundo) aus. So ſagt

Zasius Comment. in Pandect. h. t. Nr. 3.

actio familiae herciscundae peti potest etiam ab uno coheredum, reliquis invitis, accipitur et recte inter pauciores ex pluribus, quod tamen *aliis non vocatis* (i. e. nicht Mitverklagten), non parit praejudicium. Der Geſetzesgrund zue letzteren Behauptung, daß den nicht mitverklagten Miterben durch die, unter blos Einigen derſelben richteelich vorgenommene Erbtheilung kein Nachtheil geſchehe, liegt in

fr. 17, c. famil. erciso. (3. 36).

worin feſtgeſetzt iſt:

coheredibus divisionem inter se facientibus juri absentis et ignorantis minime derogari, ac pro indiviso portionem eam, quae initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus eum retinere certissimum est.

Dieſe Belege aus Schriftſtellern, die man ohne angeregten Zweifel neben dem §. 97 der Proceßordnung gar nicht aufzunehmen für nothwendig gefunden hätte, könnten um Vieles vermehrt werden, allein wir halten die Frage für vollſtändig belegt, und begnügen uns nur noch darauf aufmerkſam zu machen, daß auch die Gerichtshöfe in gleichem Sinne ſich ausgeſprochen haben *).

*) Wir laſſen aus den trefflichen Rechtsfällen von Mevius folgende Entſcheidungsgründe abdrucken:

Distractio rerum hereditarium ab aliquibus haeredibus facta non quidem absenti haeredi praejudicat, quin partem suam petere possit, factam tamen revocare nequit, sed, ea manente rata, familiae erciscundae judicio consequitur, quod suae partis est, ne in unius vel alterius potestate sit, impedire caeterarum divisionem et commoda, quibus praesentes consulere queunt, modo salva sit absentis sua portio suumque jus. Solet quidem absenti a praesentibus curator peti, idque fieri tutius videtur. At si non factum fuerit, non eo minus communi nomine acta substituunt, valentibus his ex majoris haeredum numeri consensu. Nec enim hic, si vel praesens esset, distractionem impedire posset, nisi commodam divisionem res patietur, ut suam partem separatam capere possit. Ut vero ipsimet absenti id non licet, qua ratione alius coheredum praesens, tamen ex obtentu illius absentiae, recusabit distractionem fieri aut procrastinabit? Cujus de ista absentia excepiio vel allegatio est de jure tertii, ideo non proficit.

Mevii decis. pars IV. decis. 398.

Eines dürfen wir zum Schluſſe nicht unerwähnt laſſen, weil es zugleich einen geſchichtlichen Beleg abgibt, daß der §. 97 der Proceßordnung ſich wieklich, wenn nach dem Bisherigen noch ein Zweifel obwalten könnte, auch auf die Theilungsklagen beziehen ſollte. In der Streitfrage nämlich über die Einrede der mehreren Streitgenoſſen ſtellte Geſterding†) die Behauptung auf, „es gebe nach Römiſchem Rechte gar keine Streitgenoſſenſchaft, als blos bei den Theilungsklagen, alſo bei der actio familiae erciscundae, communi dividundo, und finium regundorum. Dieſe Klagen hätten das Gemeinſchaftliche, daß Mehrere ſich in Anſehung eines Inbegriffs von Sachen, oder in Anſehung einzelner in Gemeinſchaft ſich befinden, und ſie ſind auf Aufhebung dieſer Gemeinſchaft gerichtet. Wenn nur Einer aus der Gemeinſchaft ſcheiden will, ſo kann dies nicht wohl anders geſchehen, als daß Alle, die mit ihm gleiche Rechte haben, wie an dem Gegenſtande, alſo auch an dem Streit und der Auseinanderſetzung Theil nehmen. Es gibt keine andern Fälle, die mit dieſen, in Hinſicht auf das Bedürfniß der Streitgenoſſenſchaft (des litisconsortii) verglichen werden könnten. Aber ſelbſt in Fällen dieſer Art kann das litisconsortium gegen den Klägee, von Seiten des Beklagten, nicht erzwungen werden; der Letztere kann keine Einrede daraus hernehmen, daß Jener allein klagt, oder daß er neben ihm nicht zugleich auch andere verklage." L. 1. C. de consortibus ejusdem litis (3. 40).

Wir haben hier nicht das Unrichtige dieſer Anſicht von Geſterding nachzuweiſen, daß es außer den Theilungsklagen gar keine andere Streitgenoſſenſchaft im Römiſchen Rechte gebe, mit ſo entſchiedenem Erfolge auch dieſer Gegenbeweis nach dieſer Geſetzgebung geführt werden könnte; aber

Alſo ſelbſt die Verſteigerung der Erbſchaftsgüter gab hier das oberſte Gericht zu, weil eine Theilung im Stücke nicht ausführlich erſchien, und daher der Abweſende, auch wenn er anweſend geweſen wäre, die Verſteigerung nicht hätte hindern können.— Absente aliquo geri possunt, quae praesens impedire nequit.— Und wirklich die Frage, ob ein Gut zu verſteigern ſey oder nicht, iſt einzig Sache des Gerichts, wenn ſie auch nur von einem Erben beantragt iſt. Es gibt hier keine Ueberſtimmung des einzelnen Erben durch die Mehrheit der andern. fr. 18, communi divid. (10 2). Rückſichtlich der beweglichen Sachen läßt übrigens das franzöſiſche Recht in Art. 826 des code civil die Stimmenmehrheit entſcheiden.

†) In ſeinem Werke: „Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien. 2. Theil, Abhandlung 10, S. 377 u. folg." Das Werk erſchien lange vor der badiſchen Proceßordnung, und zwar im Jahre 1827 zu Greifswalde.

Digitized by Google

dazu dient dieſe Anſicht zum trefflichen Belege, daß, wenn ſich auch nicht der §. 97 der Proceßordnung nach Geſterding allein auf die Theilungsklagen bezieht, doch ſo viel gewiß iſt, daß die Theilungsklagen jedenfalls unter §. 97 mitbegriffen ſind. Einen unwiderlegbaren Beweis dafür liefert aber auch der §. 93 deſſelben Geſetzes, wornach zum Begriffe der Streitgenoſſenſchaft „Gemeinſchaft eines in Anſpruch genommenen Rechts oder einer Verbindlichkeit" gefordert wird, und daß dieſe Gemeinſchaft bei einer communio und der actio communi dividundo vorhanden ſey, bedarf wohl keines Beweiſes*).

§. 7.

Bei dieſem Stande unſerer Frage nach gemeinem und badiſchem Rechte iſt es ziemlich gleichgültig, wie ſich dieſe Lehre im franzöſiſchen Gerichtsverfahren ausgebildet, oder vielmehr nicht ausgebildet hat. Wir ſagen, nicht ausgebildet hat, weil die ganze obige Streitfrage, die in keinem Werke über deutſches Gerichtsverfahren ohne genaue Auffaſſung und ſcharfe Bezeichnung fehlt, in Frankreich kaum irgendwo ſich berührt findet, und einer befriedigenden Löſung wohl nirgends unterworfen wurde. So enthält z. B. Pigeau**), der ſonſt ſo maslos weitläufige, über unſere Frage allgemein gar nichts, und nur gelegenheitlich der Erbſchaftsklage folgende wenige Worte,

le partage doit se demander contre tous les copropriétaires;

aus denen kaum zu erſehen iſt, ob der Verfaſſer ſich die ganze Frage klar gemacht hat. Zachariä, §. 622 a. E., wiederholt dieſe Worte, gleichfalls ohne Angabe eines Grundes. Rauter dagegen, der den Stand der deutſchen Wiſſenſchaft kennt, faßt unſere Frage mit Genauigkeit auf, und löst ſie im Sinne von Gönner, wenn er ſagt:***)

la simple communauté d'intérêt n'oblige point les cointéressés à être consorts en litige, ni en demandant ni en défendant; il en est autrement de la solidarité ou de l'indivisibilité, par exemple en cas des articles 709 et 710 du code civil.

Man ſieht, der Verfaſſer hat die Beſtimmung der Artikel 1197 und 1222 von der Sammtverbindlichkeit und der Untheilbarkeit des bürgerlichen Geſetzbuches auf das Gerichtsverfahren in Ermangelung eines Geſetzes übertragen und angenommen, daß außer dieſen beiden und den andern Fällen der Untheilbarkeit, wohin auch jene der Artikel 709 und 710 gehören, die Einrede der mehreren Streitgenoſſen unbegründet ſey. Auch dieſe Ausnahmsfälle hätte der Verfaſſer fallen laſſen müſſen, wenn das franzöſiſche Geſetz über das Gerichtsverfahren gleich dem badiſchen noch eine beſondere Beſtimmung darüber enthielte, die auch in den obigen Fällen, und wir ſagen gerade in den obigen Fällen, weil ſie ſammtverbindliche und untheilbare Gegenſtände betreffen, die Einrede der mehreren Streitgenoſſen für unzuläſſig erklärt hätte.

Das franzöſiſche Recht ſteht in der Lehre der Einrede mehrerer Streitgenoſſen auf dem ganz gleichen Standpunkte des gemeinen deutſchen Rechts, wornach, wenn auch die meiſten und gerade die beſten Gründe für die Nichtzuläſſigkeit dieſer Einrede ſprechen, doch immerhin eine Streitfrage darüber übrig bleibt, eine Streitfrage, die für Baden durch §. 97 der Proceßordnung auf eine befriedigende, im Einklang mit der früheren Geſetzgebung ſtehende, und der Natur der Sache entſprechende Weiſe ihre beſondere Löſung erhalten hat, daher hierin das franzöſiſche Recht, oder gar in Ermangelung eines Geſetzes, das bloße Anſehen eines franzöſiſchen Schriftſtellers begreiflich nicht zur Berückſichtigung kommen kann.

Der Grund aber, warum unſere Lehre in franzöſiſchem Rechte weniger bearbeitet und ausgebildet iſt, dürfte wohl in dem Umſtande zu ſuchen ſeyn, daß ſich in Frankreich, wie in Deutſchland, ohne alle geſetzliche Grundlage, die Einrichtung der Beiladung (Adcitation, mise en cause d'un tiers) gebildet hat, wornach der Richter von Amtswegen einen Dritten in das Verfahren hereinzieht, wenn er glaubt, daß ſein Intereſſe dabei betheiligt erſcheint †).

§. 8.

Schon oben, §. 4, wurde nach allgemeinen Rechtsbegriffen der Satz aufgeſtellt, daß wenn dem Beklagten die Herbeiziehung eines Dritten in den unter Andern abhängigen Rechtsſtreit in ſeinem Intereſſe zweckmäßig, oder nothwendig erſchiene, während der Kläger für ſeinen Zweck von entgegengeſetzten Anſichten ausgeht, ſo ſey dies Sache des Beklagten, welcher hier eigenen Zweck und eigenen Vortheil verfolgt. So ſtellt nun auch die Sache das Landrecht, welches im Artikel 1225 die Beſtimmung enthält, „daß der Beklagte eine Friſt verlangen könne, um ſeine Miterben zum Recht beiladen zu laſſen, ſobald die Schuld nicht von der Art iſt, daß ſie nur von dem beklagten Miterben berichtigt werden kann."

Es geht aus dieſer, bei der Behandlung der fraglichen Einrede nach franzöſiſchem Rechte gleichfalls nicht beachteten Geſetzesſtelle mit Beſtimmtheit hervor, daß durch dieſe Einrede nicht der Beklagte den Kläger zwingen könne, die Mitbetheiligten mitverklagen zu müſſen, ſondern daß es dem Beklagten überlaſſen bleibt, durch das eigene, neben der Proceßordnung beſtehende Mittel landrechtlicher Beiladung ſeine Theilhaber in der gegen ihn allein erhobenen Klage herbeizuziehen, „ſobald die Schuld oder die Verbindlichkeit nicht von der Art iſt, daß ſie nur von ihm, dem Beklagten, berichtigt oder erfüllt werden kann", welches letztere bei der Theilungsklage behauptet wird.

*) Vergleiche auch noch über §. 97 der Pr. Ord. Weiler S. 5 u. 6.

**) In ſeiner Procédure civile des Tribunaux de France. Ausgabe von 1808, 2ter Band, S. 673.

***) In ſeinem Cours de procédure française, Nr. 85, p. 89.

†) Ueber das Grundloſe der Beiladung ſiehe zuletzt Mittermaier im Archiv für civiliſtiſche Praxis, 23ſter Band, Abhandlung 13, Seite 369 u. folg.

Um Mißverständnisse zu vermeiden, muß hier noch zur Erläuterung der angeführten Gesetzesstelle bemerkt werden, daß der Artikel natürlich nur deßhalb von untheilbaren Gegenständen spricht, weil, wenn von theilbaren die Rede ist, die Einrede der mehreren Streitgenossen schon an sich hinwegfällt, weil dann die Handlungsweise des Beklagten eine solche ist, die, wie der Begriff der Theilbarkeit es mit sich bringt:

„sowohl ihrem Stoff als ihrer Beschaffenheit nach einer theilbaren Uebergabe oder Vollziehung empfänglich ist. L. R. S. 1217."

Und es muß ferner bemerkt werden, daß der Artikel zwar nur von dem Erben des Schuldners spricht, allein blos deßhalb, weil die Wirkung der Untheilbarkeit der Verbindlichkeiten vorzugsweise bei den Erben hervortritt, und man daher auch im Gesetze diesen gewöhnlichen Fall für alle andern hervorgehoben hat, während, da die Untheilbarkeit durch Vertrag oder den Gegenstand entstehen, und so gleich anfangs, und nicht erst duech die Erbschaft mehrerer Theilnehmer entstehen kann, es richtiger gewesen wäre, von mehreren Schuldnern einer untheilbaren Verbindlichkeit, als blos von mehreren Erben derselben zu sprechen. Daher sagt auch Duranton*) von diesem Artikel ganz richtig: Et il en est absolument de même du cas, où la dette est indivisible entre plusieurs débiteurs originaires, obligés conjointement, mais sans solidarité.

§. 9.

Aber nicht nur in der Sache, sondern auch in der Form hat der Gerichtshof ein arges Versehen dadurch sich zu Schulden kommen lassen, daß er die Klage geradezu, ohne nur den Gegentheil darüber zu hören, abwies, und dadurch aussprach, daß sie schon ihre Unzulässigkeit und ihre Unstatthaftigkeit in sich selber trage, und alles dieses, weil die Klage nicht schon eine Einrede berücksichtigt hat, eine Einrede, welche von der Gesetzgebung als unzulässig mit Entschiedenheit zurückgewiesen wurde. Wir sagen, eine „Einrede", um damit zugleich auszusprechen, daß dem Richter das Recht nicht zusteht, ohne das Vorschützen dieser Einrede abzuwarten, schon von Amtswegen die Klage zu verweisen. Selbst in Staaten, in denen diese Einrede zulässig wäre, könnte sie, ohne daß der Beklagte von ihr wirklich Gebrauch gemacht hat, vom Richter nicht vorgeschützt werden, weil sie von solchen thatsächlichen Verhältnissen bedingt seyn kann, die, ihrer allgemeinen Zulässigkeit unbeschadet, sie in vorliegendem Falle als unbegründet darstellen. Ich wähle zwei solcher thatsächlichen Verhältnisse, weil sie zugleich in vorliegendem Falle ihre Anwendung haben. Aus dem Umstande nämlich, daß früher ein Gut dreien Miteigenthümern gehörte, folgt nicht, daß diese Thatsache noch besteht, und daß nicht durch eine Rechtsvereinigung (confusio) die Rechte und Pflichten zweier Miteigenthümer durch Erbschaft in der Person des einen der Theilnehmer zusammenfielen, welcher Umstand vom Kläger aus guten Gründen als noch nicht offenkundig nicht angeführet und erst bei etwaiger Vorschützung durch den Beklagten für die Widerlegung vorbehalten wurde. Ebenso kann gegen den dritten Miteigenthümer bereits ein rechtskräftiges Urtheil vorliegen, und daher für den Kläger jetzt gar kein rechtlicher Grund und kein Recht mehr vorhanden seyn, gegen diesen einen Dritten nun nochmals mit derselben Klage aufzutreten. Was nun die Anwendung dieser beiden thatsächlichen Verhältnisse auf vorliegenden Rechtsfall betrifft, so ist in der Klage §. 1 absichtlich angeführet, daß die Grundherrschaft dreien Miteigenthümern gehörte, in dem Klagbegehren davon aber Umgang genommen, weil der allein im Klagbegehren aufgeführte Miteigenthümer indessen alleiniger Erbe des dritten Theilhabers wurde, was zur Zeit der Klage Kläger noch nicht zu beweisen im Stande war. Gegen eben diesen dritten Theilhaber hat aber früher Kläger ein völlig obsiegendes Urtheil erhalten, indem durch das Hofgericht zu Rastatt unter'm 25. August 1837, 2. Senat, Nr. 8344, wörtlich folgendes, längst in Rechtskraft übergegangenes, Erkenntniß gegeben wurde:

„Daß in Beziehung auf die Mitbeklagte Freifrau von Fechenbach der thatsächliche Vortrag des Klägers für zugestanden und jede Schutzrede dieser Beklagten für versäumt erklärt, sofort aber ihr gegenüber dem kläger'schen Antrag auf gerichtliche Versteigerung der zwischen beiden Theilen gemeinschaftlichen Grundherrschaft Neuweiher statt zu geben und dem Kläger als Antheil für sich und des von ihm vertretenen von Kesselstadt'schen Stammes $^{1859}/_{4620}$ Theile des Erlöses zuzuscheiden seyen."

Wenn nun hiernach schon in jenen Ländern, in denen die Einrede mehrerer Streitgenossen zulässig ist, die Vorschützung derselben durch den Richter gegen die richterliche Befugniß anstößt, so steht doch wohl ein solches Recht des Richters bei uns ohne alle und jede gesetzliche Grundlage da, wo diese Einrede für dasjenige, was sie ist, und was sie im Unterschied des §. 358 der Proceßordnung allein seyn kann, nämlich für eine Einrede in §. 97 der Proceßordnung erklärt ist.

Was aber durch das Gesetz selbst für eine Einrede, und dadurch zu einem Rechte des Beklagten, und nur des Beklagten erklärt ist, darf der Richter unter der Herrschaft einer Gesetzgebung, welche dem Verhandlungsverfahren mit Strenge zugethan ist, nicht zur amtlichen Selbstthätigkeit ziehen. Zur richterlichen Prüfung, um darauf, selbst ohne Vernehmung des Gegentheils, eine sofortige Abweisung gründen zu können, gehört, daß der Klage keine Rechtsansprüche zum Grunde liegen, entweder weil die Thatsache an sich schon eine zur Klagbegründung nicht anerkannte ist, oder mit dem Klagbegehren in keiner gesetzlichen Verbindung steht, cap. 15. X. de judiciis (2. 1), §. 358 der Proceßordnung. Wer aber vermag, ohne schweres Vergehen gegen Gesetz und Denklehre, schon vor der Schwelle des Gerichts eine Klage zurückzuweisen, die ein verbrieftes Eigenthum mit ausgesprochenem Umfange in Anspruch nimmt, weil möglicher Weise es noch andere Theilhabe gibt, die thatsächlich nicht mehr vorhanden sind und wenn sie noch vorhanden wären, nur durch den Beklagten herbeigezogen werden

*) Cours de droit civil, 6ter Band der belgischen Ausgabe. Nr. 304. S. 354.

dürften, §. 4 und §. 8, und jedenfalls nur im Wege einer förmlichen „Einrede“ gegen den Kläger aufgeführt werden könnten. Daraus folgt nun zweierlei:

1) Daß die ganze bisherige Ausführung über Unzulässigkeit der Einrede der mehreren Streitgenossen noch gar nicht hierher gehört, sondern erst dann hätte zur Erörterung kommen sollen, wenn der Beklagte darauf einen Antrag gestellt hätte, den aber der Gerichtshof nicht abgewartet hatte.

2) Daß es auch nicht in der Pflicht, ja nicht einmal in dem Rechte des Klägers stand, schon in der Klage die Thatsache zu erwähnen, warum er den dritten Theilhaber nicht gleichfalls in die Klage aufnehme. Dies war nicht Sache der Klage, sondern der Widerlegung et replica non est inseeenda libello.

§. 10.

Zu B. Der Gerichtshof behauptet ferner, daß zur Theilungsklage auch die Anführung der Art und Weise gehöre, wie getheilt werden solle.

Allein auch diese Meinung hat keine gesetzliche Grundlage. Daß beide Dinge — die Verbindlichkeit zur Theilung an sich und die Art der Theilung — vereinigt werden können, unterliegt wohl keinem Bedenken; daß beide aber stets und immer vereinigt sein müssen, ist durch kein Gesetz vorgezeichnet, und dennoch bedürfte es einer besondern gesetzlichen Vorschrift, da beide Verhältnisse keine untrennbare, sondern vielmehr sehr verschiedene — in Gesetzgebung und Leben geschiedene Gegenstände sind.

Auch der §. 247 der Proceßordnung legt dem Kläger blos die Verbindlichkeit auf, diejenigen Thatsachen, die seinen Ansprüchen zum Grunde liegen, vollständig und deutlich anzugeben. Der Anspruch des Klägers nun geht auf Theilung, und das Recht zur Theilung setzt als Bedingung das Dasein des Miteigenthums voraus, daher durch die Begründung dieses Eigenthums an sich und durch die Größe des Antheils vollständig und deutlich der Auflage des Gesetzes Genüge geleistet ist. Eine weitere Verbindlichkeit legt das Gesetz nicht auf, und die Logik schreibt sie nicht vor.

Das römische Recht setzt vielfach die Art und Weise, wie die Theilung vor sich gehen soll, in das reine, von den Anträgen der Betheiligten unabhängige richterliche Ermessen, so z. B.

fr. 6. §. 10. fr. 21. communi dividundo (10. 3)
fr. 22. §. 1 — 3 familiae erciscundae (10. 2).

Das französische Recht macht aus der Art und Weise der Theilung ein besonderes, großentheils auf das Gutachten von Sachverständigen (Art. 824, 825 und 834) und auf die Mitwirksamkeit von Staatsschreibern und besondern Theilungsrichtern (Art. 828 und 837) gebautes Verfahren und läßt vielfach durchblicken, wie wünschenswerth hier das nicht gerichtliche Verfahren sei.

Zachariä, Band 4. §. 623.

Der Rastatter Gerichtshof bemerkt zwar, das bloße Verlangen nach Theilung sei mehr nur eine Rechtsfrage, als die Aufhebung des ungetheilten Miteigenthums; allein auch das Eigenthum ist eine Rechtsfrage, — an sich schon ein zweifelhafter Abweisungsgrund, — und Niemand wird das Verlangen darnach als eine Rechtsfrage zurückweisen, während doch das Verlangen nach Theilung, auch nur ein Verlangen nach Eigenthum, und zwar hier in bestimmt ausgesprochener Weise ist, da nicht nur die Aufhebung des Miteigenthums, sondern auch die bestimmte Theilnahme daran mit $^{1863}/_{4320}$ Theilen des Ganzen beantragt wird.

Sind erst vom Richter diese beiden Punkte errungen, so wird Kläger keinen Grund mehr haben, später die Mühe des Gerichtshofes wegen des Vollzugs in Anspruch zu nehmen; und es ist hier, wie es sich so oft im Leben gestaltet, daß man nämlich über die Vollziehung sich leichter vereinigt, wenn vorerst die Grundsätze selbst festgesetzt sind, weil von da an die gesetzlichen Interessen weniger oder gar nicht mehr auseinander gehen.

Es kann aber auch in den vielen Fällen umfassender Erbschaften, oder, wie hier, ausgedehnter Grundherrschaften, dem Theilungskläger nicht einmal möglich sein, schon vorne herein zu sagen, wie, ob im Stück oder mittelst Versteigerung, oder durch Verbindung beider Theilungsarten getheilt werden soll, weil er die einzelnen Erbschafts- oder Gemeinschaftsgegenstände nicht in ihrem Einzelnen, in ihrer Güte, ihrem Werthe, ihrer Anzahl und dergleichen kennt und nicht kennen kann, und weil dem Allem ein auf's Genauste in allen Eigenschaftseinzelheiten eindringendes Verzeichniß der Stücke, eine maßgebende Schätzung derselben von erst ordnungsmäßig zu ernennenden Sach- und Kunstverständigen voraus gehen müßte, Landrechtssatz 824 und 825, was Alles im Leben und in der Uebung nirgends geschieht. Vielfach kann dies auch nicht geschehen, wo theils theilbare, theils untheilbare Gegenstände vorhanden sind, da dies wahre Ungeheuer von Theilungsklagen hervorrufen müßte, wenn alle die tausend und abermal tausend Objecte und Objectchen, ihrer Zahl, ihrer Physiognomie, ihrem Werth ꝛc. nach, namentlich und sachgetreu angeführt und angegeben werden müßten, welche theilfähig und welche im Stück untheilbar sind!!

Der Gerichtshof in Rastatt behauptet ferner, daß die Angabe der Art und Weise der Theilung schon deßhalb nothwendig sei, weil sonst die Theilung, d. h. die Aufhebung des ungetheilten Miteigenthumsrechts herbeizuführen nicht erreicht würde, da nach Landrechtssatz 577 b g und 827 die Theilungsweise nicht dem Belieben jedes Miteigenthümers überlassen sei!

Aber wird denn die Art und Weise der Theilung seiner Zeit der Liebhaberei des Miteigenthümers überantwortet, wenn derselbe für nicht schuldig erklärt wird, schon in die Klage die maßlose Begründung dieser Art und Weise aufzunehmen? und folgt daraus nicht viel mehr, daß, wenn später die streitenden Theile, ihrer Verbindlichkeit zur Theilung ungeachtet, sich auch über die Theilungsart nicht vereinigen können, sie eben nochmals an die Richter, wie überall, wo neue Streitigkeiten entstehen, zu wenden haben?

Damit schließen wir die Beurtheilung dieses Rechtsfalles.

Möge diesem Rechtsfalle, über welchen bisher ein böses Geschick waltete (Annalen von 1843, Nr. 15), ein besseres Loos zu Theil werden.

3.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 38. Karlsruhe den 23. September 1843.

I.

Mittermaier. Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts. Sechste, völlig umgearbeitete und sehr vermehrte Ausgabe im Verlag von G. Jos. Manz in Regensburg, 1842 erste Abtheilung, und 1843 zweite Abtheilung.

Kaum sind wenige Jahre verflossen, daß die fünfte Auflage des obigen Werkes erschien, so werden wir schon wieder mit einer Sechsten beschenkt, deren wesentliche Bereicherung abermals von der Unermüdlichkeit zeugt, womit der Verfasser alle Quellen durchforscht, und die Ergebnisse seiner umfassenden und gründlichen Arbeiten dem Publikum mittheilt.

Das ganze Werk, das ein ungewöhnlich reiches Material enthält, hier darzustellen, wäre überflüssig, da dasselbe längst rühmlich bekannt ist, und unsere Leser wenigstens die Eine oder Andere der frühern Ausgaben besitzen.

Indem wir daher unsere Leser auf diese neue sehr vermehrte Ausgabe hinweisen, bemerken wir nur, daß das deutsche Privatrecht, zumal in so umfassender Bearbeitung, wie sie hier vor uns liegt, auch in Baden, obschon es ein eigenes neues Civilgesetzbuch besitzt, dennoch nicht blos ein historisches und ein allgemein wissenschaftliches Interesse, sondern auch einen hohen praktischen Werth hat. Man erwäge nur, wie viele Rechtsmaterien, die hier ihre Erörterung finden, in unser Landrecht gar nicht, oder doch nur in wenigen abgerissenen Zusätzen aufgenommen sind. Die Letztern müssen im deutschen Privatrechte ihre Begründung, Entwicklung und Erklärung finden, so z. B. alles, was sich auf die Erbdienstbarkeiten, Grundpflichtigkeiten, Verlagsrechte, Bauernleben, Vortheilsrechte, Stammgüter ꝛc. bezieht.

Viele Gegenstände sind als dem heutigen öffentlichen Rechte angehörend, oder wenigstens damit in einer gewissen Verbindung stehend, im Landrecht übergangen, und finden außer einigen unvollständigen alten Verordnungen nur in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts ihre Rechtsquellen. In dieser Hinsicht hat Mittermaier sehr umfassend bearbeitet: das Gemeinderecht, die Gewerbs- und Zunftrechte, die Wasserrechte bezüglich der floß- und schiffbaren Flüsse, das Bergwerksrecht, Jagdrecht, Forstrecht, überhaupt die Regalität, die Erfindungspatente u. dergl.

Mit besonderer Sorgfalt ist das Handelsrecht behandelt, und zwar sowohl in administrativer Beziehung, was den Handel als Gewerbe betrifft, als auch in civilrechtlicher Hinsicht bezüglich auf die dabei vorkommenden Rechtsgeschäfte und Personen, Gesellschaften, Banken und Börsen ꝛc., sowie insbesondere das Wechselrecht.

Ueberall sind zugleich die neuen Gesetze mit angeführt und verglichen, und zwar nicht nur von deutschen Staaten, sondern bei den geeigneten Gegenständen auch die Gesetze fremder Länder.

Welche riesenhafte Kenntniß der so mannigfaltigen neuen Gesetzgebungen in den verschiedensten Zweigen des Rechts Mittermaier besitzt, ist längst bekannt.

Die Red.

Digitized by Google

II.

Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, geprüft nach den Forderungen der Wissenschaft, und nach den Erfahrungen über den Werth neuer Gesetzgebungen, und über die Schwierigkeiten der Codifikation mit vorzüglicher Rücksicht auf den Gang der Berathung von Entwürfen der Strafgesetzgebung in constitutionellen Staaten, von Dr. C. J. A. Mittermaier. Zweiter Beitrag (Heidelberg bei K. Winter 1843).

Den ersten Beitrag unter dem obigen Titel haben wir in Nr. 14 der Annalen des Jahrs 1842 angezeigt. Im vorigen Monate ist nun ein zweiter Beitrag des berühmten Verfassers erschienen, beiläufig in derselben Weise wie der erste. Nach einigen allgemeinen Abschnitten folgt eine Kritik verschiedener neuer Entwürfe und Gesetze in Strafsachen.

Der erste Abschnitt hat die Ueberschrift: „Verhältniß der Wissenschaft zur Strafgesetzgebung. Verhältniß der gemeinrechtlichen Doktrin zu neuen Strafgesetzbüchern."

Der Verfasser findet es auffallend, wenn man mitunter in Ständeversammlungen es als einen Vorzug rühme, daß ein Strafgesetzbuch nicht nach einem bestimmten Strafrechtsprinzipe bearbeitet sei. Der Gesetzgeber muß von einem solchen Prinzipe geleitet sein, wenn er gleich dasselbe nicht als eine positive Vorschrift sanktioniren darf.

Ueber die Stellung des bisherigen gemeinen deutschen Strafrechts in Ländern, wo neue Gesetzbücher bestehen oder eingeführt werden, bemerkt der Verfasser, daß dasselbe auch in diesen Ländern als die historische Grundlage der neuen Gesetzbücher immerhin von hohem Werthe bleiben werde, und selbst „die verbreiteten Besorgnisse eines nachtheiligen Particularismus in der Gesetzgebung werden zum großen Theil verschwinden, wenn ein neues gemeines Recht in dem Sinne gegründet wird, daß das, was in den neuen Strafgesetzgebungen gemeinschaftlich ist, aufgefunden, und das Resultat dieser Untersuchungen an die Prinzipien des bisherigen Rechts angeknüpft wird". Der Verfasser stellt die Forderungen zusammen, welche in dieser Beziehung an die Wissenschaft und an die Pfleger derselben gemacht werden. Der zweite Abschnitt handelt von den „Erfahrungen" über die Wirksamkeit der neuen Strafgesetzbücher, über ihre Mängel, und die Ursachen derselben. Der Verfasser stellt die Hauptfehler, die in den neuen Entwürfen und Gesetzbüchern vorkommen, zusammen. (Es sind wenigstens zum großen Theile solche, welche in dem badischen neuen Strafgesetzentwurfe vermieden sind.) Der Verfasser rechnet zu diesen Fehlern namentlich: I. die zu weite Ausdehnung des Strafgebiets, z. B. hinsichtlich der öffentlichen Bestrafung der Selbsthülfe, hinsichtlich des Versuches der Beihilfe, hinsichtlich des Versuches der Anstiftung, wenn der Andere die Ausführung des Verbrechens gar nicht übernommen hat, hinsichtlich der allgemeinen Bestrafung der Begünstigung, hinsichtlich des Wuchers, des Verraths von Geheimnissen, der Blutschande in entfernten Graden, hinsichtlich leichtsinniger oder fahrlässiger Meineide ꝛc.; II. die Gleichstellung von Urheber und Gehülfen in Bezug auf Strafbarkeit; III. die zu harte Bestrafung von Staatsverbrechen; die Bestrafung von Versuchshandlungen als selbstständigen Verbrechen, insofern die Vorbereitung dieser Handlungen alsdann wieder als Versuch erscheint. (Indessen dürfte, wenn das Letztere vermieden wird, die Bestrafung besonderer häufig vorkommender Versuchshandlungen als eigener Verbrechen zur größeren Sicherheit gegen richterliche Willkühr vieles beitragen). Den wichtigsten Fehler findet der Verfasser V. darin, daß das Minimum der Strafandrohung gar häufig zu hoch gesetzt sei; VI. die zu allgemeine Fassung bedrohe mitunter Handlungen, welche nach der Absicht des Gesetzgebers nicht bestraft werden sollten; VII. die Nachtheile für die bürgerlichen Ehrenrechte sollten nicht absolut gedroht werden, sondern nur nach den Umständen des einzelnen Falles eintreten; VIII. die Verhängung einer absolut höheren Strafe oder einer schwereren Strafart nach den zufälligen Folgen der That, z. B. nach dem Betrage des Diebstahls oder nach der Dauer der durch Verwundung herbeigeführten Krankheit, wird als sehr nachtheilig dargestellt. (Der badische Entwurf hat bei den nach solchen Erfolgen aufgestellten Klassen immer fürgesorgt, daß das Minimum der höheren Klasse weit unter das Maximum der niedrigern Klasse herabgeht, daß also je nach den sonstigen Umständen des Falles eine in die höhere Klasse gehörige That immerhin noch geringer bestraft werden kann, als eine That der niederen Klasse).

Digitized by Google

IX. Als ein wesentlicher Nachtheil wird hervorgehoben, daß die Strafandrohung häufig als zu hoch oder als zu niedrig mit der Volksmoral und den Volksansichten im Widerspruch stehe, und daß IX. a, oft bei einer Gattung von Verbrechen ein besonders schwerer Fall in's Auge gefaßt, und darnach eine absolute Strafe gedroht werde, welche für andere mildere Fälle zu hart sei, was auch X. durch Zusammenstellen verschiedener Fälle unter ein Strafgesetz geschehe. XI. Einen weitern Hauptfehler findet der Verfasser in dem Mangel richtiger Grundsätze hinsichtlich der Strafanstalten. Er schlägt nur eine entehrende, und eine nicht entehrende Art von Freiheitstrafen vor. Er will eine intensive Erschwerung, jedoch nur durch Isolirung und Dunkelarrest nicht aber durch körperliche Züchtigung. Ueber das Isolirungssystem sollte man im Reinen sein, ehe man die Dauer der Strafe bestimmt. Bei absoluter Isolirung dürfte die Freiheitstrafe nie zehn Jahre übersteigen. (Der badische Entwurf beruht nicht auf der Grundlage der absoluten Isolirung, denn er behandelt die einsame Einsperrung als ein besonders zu erkennendes, auf gewisse Zeiten beschränktes Schärfungsmittel).

Am Schlusse des zweiten Abschnittes beklagt der Verfasser, daß die gemeinsamen Grundsätze, aus welchen ein verjüngtes gemeines Recht hervorginge, durch die neuen Gesetze nicht nach Wunsch festgehalten werden. Insbesondere zeigt sich eine zu große Verschiedenheit 1) in den Bestimmungen hinsichtlich der Strafarten ꝛc., 2) in der Gesetzessprache, 3) und darin, wie die relativ angedrohten Strafen im einzelnen Falle zu bemessen seien. Der Verfasser erklärt sich gegen die Theorie, daß in der Regel das Medium angenommen und nur nach vorhandenen Erhöhungs- oder Minderungsgründen davon abgewichen werde. Der Verfasser findet es dagegen einfach und gerecht, „wenn das Gericht zuerst jeden Fall darnach auffaßt, ob er mehr in die Klasse der durch geringe Verschuldung ausgezeichneten oder in die Klasse der schwereren Fälle gehört, in dem ersten Falle von dem Minimum im zweiten von dem Maximum als Endpunkt ausgeht, darin jeden einzelnen Punkt in seiner Intension nach der Natur des Verbrechens abwägt, und so zur gerechten Strafe gelangt." 4) Unter den Punkten, bei welchen die Verschiedenheit der Ansichten auf die Rechtsanwendung störend wirke, führt der Verfasser noch ferner den Streit an, welchen Werth für die Auslegung der Strafgesetze in constitutionellen Staaten den bei den ständischen Verhandlungen gemachten Aeußerungen der Regierungscommissäre ꝛc. beizulegen sei.

Endlich wird noch davon gehandelt, ob die Zahl der Verbrechen durch die neuen Gesetzbücher ab- oder zugenommen habe. Seit 1831, wo das neue Gesetz über Ehrenkeänkungen erschien, haben die Ehrenkränkungs-Streitsachen alljährig zugenommen. Mit Recht bemerkt der Verfasser, daß man daraus nicht auf eine größere Roheit oder Immoralität des Volkes schließen dürfe. Die Unbestimmtheit des Ausdrucks in dem Gesetze, wovon der Verfasser spricht, möchte übrigens zur Vermehrung der Ehrenkränkungsklagen wohl sehr wenig beigetragen haben, da (zumal nach dem Stande der Betheiligten) unter 100 Fällen wohl nicht Einer vorkommen mag, wo der Beleidigte prüft, ob nach dem Ausdrucke des Gesetzes sein Klagrecht begründet sei. Der entscheidendste Grund für die Vermehrung dieser Klagen dürfte wohl darin liegen, daß, wie der Verfasser bemerkt, „durch eine größere politische Aufregung und andere Vorfälle veranlaßt kränkende Aeußerungen wirklich häufiger vorkommen, und daß das Ehrgefühl oder der Glaube, man dürfe der Reibungen wegen die Beleidigung sich nicht gefallen lassen, Injurienklagen erzeugte, an die man früher gar nicht dachte." — Wichtiger ist aber die Betrachtung, daß sich bei einer Vergleichung der Verbrecherzahl in Frankreich und in Deutschland für Letzteres und zwar insbesondere für das Großherzogthum Baden eine bedeutende Ueberzahl herausstellt. Nach einer Zusammenstellung in der revue étrangère et française par Foelix vom April 1843 soll Baden verhältnißmäßig dreimal mehr Todtschläger, dreimal mehr Diebe, dreimal mehr Falschmünzer, und fünfmal mehr der Fälschung Schuldige haben, als Frankreich. Der Umstand, daß in der französischen Tabelle nur diejenigen, welche in Anklagestand versetzt wurden, in der badischen Tabelle aber Alle in Untersuchung Gezogenen aufgeführt sind, vermag das Mißverhältniß noch bei Weitem nicht zu erklären, da selbst unter den Verurtheilten für sich allein genommen auf badischer Seite noch eine große Ueberzahl bleibt. Eine Verschiedenheit in Bezug auf die gesetzliche Bestimmung, was zum Thatbestand des Verbrechens gehöre, liegt hier in Bezug auf die genannten vier Verbrechen keineswegs vor,

Digitized by Google

und es ist nicht richtig, daß, was namentlich die Fälschungen betrifft, in Baden auch viele Fälle des einfachen Betrugs dahin gerechnet werden. Bei uns werden (wie nach dem code pénal) nur die Urkundenfälschungen unter diesem Titel behandelt, andre Fälschungen des gemeinen Rechts aber blos unter den Betrug gerechnet.

Da nun gar gerne der Schluß gezogen wird, daß die geringere Verbrecherzahl in Frankreich von der größern Strenge der dortigen Strafgesetze herrühre, so wäre es der Mühe werth, dieses Verhältniß genau zu untersuchen, und überhaupt zu ermitteln, welche andere Verschiedenheiten obwalten, um die Sache genügend zu erklären.

In den weitern Abschnitten handelt der Verfasser von der östreichischen Strafgesetzgebung, — von dem Würtembergischen Strafgesetzbuch in seiner Anwendung, — von dem königlich sächsischen Strafgesetzbuch, und von der Einführung desselben in Altenburg, — von dem neuesten preußischen Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1843), — von den Erfahrungen über das Braunschweigische Gesetzbuch, und von der Einführung desselben in Lippe-Detmold, — von dem Kriminalgesetzbuch für Hannover, — von dem Thurgauischen Strafgesetzbuch, von dem badischen Entwurfe nach den Verhandlungen der ersten Kammer, — von den Erfahrungen in Bezug auf das baierische Strafgesetzbuch und von den Verhandlungen der Kammern über den Entwurf von 1843, — von dem hessischen Strafgesetzbuch, — von dem Strafgesetzbuch für das Waadtland, — von dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Ungarn, — von den Fortschritten der Strafgesetzgebung in Frankreich, von den Erfahrungen des Systems über die Wirksamkeit der Milderungsgründe, von der Fortbildung des französischen Strafrechts in Belgien — und vom Verhältniß der französischen Strafgesetzgebung in den Rheinprovinzen zu den neuen deutschen Strafgesetzbüchern, — von den Fortschritten der Strafgesetzgebung in England, von dem Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1843 und von den neuen Anordnungen über Transportation, — von dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich der Niederlande.

Ein reiches Feld für den Forscher!

Sicher wird Jeder, nicht nur der für die Gesetzgebung, sondern auch der allein in der gerichtlichen Praxis thätig ist, mit vielem Nutzen das Resultat dieser Forschungen unseres großen Gelehrten lesen. D. Red.

III.

Ueber Gelübdebruch.

Rechtssätze — Strafsachen.

In Untersuchungssachen gegen Goldschmitt wegen falschen Handgelübdes hat der II. Senat des Oberhofgerichts am 1. April 1843 folgendes angenommen:

1) Zum Thatbestand des Gelübdebruchs gehört nicht nothwendig, daß das Gelübde vor einem peinlichen oder bürgerlichen Gerichte abgelegt worden sei; vielmehr ist auch die Verletzung eines in einer polizeilichen Untersuchungssache vor der Polizeibehörde abgelegten Gelübdes als Gelübdebruch zu bestrafen. Denn ein solches fällt unter den Begriff der im §. 40 des Strafedikts unter litt. b. resp. §. 41 erwähnten Versicherungs- beziehungsweise besonderen Verspruchsgelübde, bei welchen das Gesetz nicht unterscheidet, ob sie vor den Gerichten oder vor sonstigen Behörden abgelegt worden seien, und zu welchen daher alle Gelübde zu zählen sind, die vor Beamten geleistet wurden, welchen nach der dermaligen Staatsverfassung die Befugniß zusteht, Handgelübde abzunehmen.

2) Ein Gelübdebruch ist da nicht anzunehmen, wo dasjenige, was sich an den Angaben eines in einer Untersuchungssache vernommenen und vergelübdeten Zeugen als unwahr herausgestellt hat, einen für die Entscheidung jener Sache ganz unerheblichen Nebenumstand betraf, zumal wenn es den thatsächlichen Verhältnissen nach an der Absicht des Vergelübdeten fehlte, dadurch rechtswidrig die Verurtheilung oder Freisprechung des Angeschuldigten herbeizuführen. *) Br.

*) Goldschmitt hatte bei einem Weinhändler eine geringere Quantität Wein gekauft, als dieser den bestehenden Verordnungen nach verkaufen durfte. Er ward mit dem Fäßchen, in welchem sich der Wein befand, und welches er in einen Sack eingehüllt hatte, von einem Polizeidiener betreten, läugnete anfänglich, daß er Wein trage, gestand es aber, als man ihn visitiren wollte, zu, und ward nun arretirt und auf das Polizeiamt gebracht. Hier vernahm man ihn, nach seiner Ansicht — weil er arretirt worden war — als Contravenienten, nach der Meinung des Polizeibeamten aber als Zeugen in einer gegen den Weindändler einzuleitenden Untersuchung wegen unbefugten Verkaufs kleiner Quantitäten Weins, und er gab dabei einen falschen Namen und einen falschen Wohnort an, und erdichtete, um sich als Verleiteten und als im guten Glauben handelnd hinzustellen, daß sein Nachbar ihm gesagt habe, auch er habe das nämliche kleine Fäßchen, welches Goldschmitt bei sich hatte, schon bei dem Weindändler füllen lassen. Am Schlusse der Vernehmung wird Goldschmitt, ohne daß aus dem Protokoll erhellt, daß ihm vorher gesagt worden war, daß er als Zeuge vernommen worden, oder daß er als solcher zu vergelübden sei, oder daß er selbst eine Strafe nicht zu erwarten habe, ein Handgelübde dahin abgenommen, „daß er die reine Wahrheit angegeben und nichts verschwiegen habe.“ Außer den erwähnten Unwahrheiten stellte sich an den Angaben Goldschmitts, namentlich was die Erzählung des Vorgangs, welcher Gegenstand der Untersuchung werden sollte, selbst betrifft, nichts weiter als wahrheitswidrig heraus. Allen Umständen nach lag den falschen Angaben Goldschmitts, wie er selbst beharrlich behauptete, nur die Absicht zum Grunde, sich von fernerer Ladung zu Amt, von Strafe u. dergl. zu befreien. Br.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 39. Karlsruhe den 30. September 1843.

I.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Urtheil.

In Untersuchungssachen gegen Moritz von Haber zu Karlsruhe.

wegen Anstiftung des zwischen dem großherzoglich badischen Oberlieutenant Julius v. Göler und dem kaiserlich russischen Kürassierlieutenant v. Werevkin stattgehabten Pistolenduells und wegen Beihilfe zu demselben; sodann wegen eines mit dem Oberlieutenant Julius v. Göler selbst intendirten Duells

wird auf amtspflichtiges Verhör zu Recht erkannt:

Es seie

1) die Untersuchung gegen Moritz v. Haber wegen Anstiftung des zwischen Oberlieutenant Julius v. Göler und Kürassierlieutenant v. Werevkin am 2. d. M. stattgehabten Pistolenduells für aufgehoben und der Angeschuldigte dieser Anstiftung für verdachtlos zu erklären; dagegen sei derselbe

2) der Theilnahme an fraglichem Duell durch Zusicherung der Beihilfe zur Flucht an Werevkin für geständig und schuldig zu erklären, und deßhalb unter Einrechnung des bereits erstandenen Untersuchungsverhafts noch in eine bürgerliche Gefängnißstrafe von vier Tagen und zur Tragung von $^1/_{30}$ der bis jetzt erwachsenen Untersuchungs- und in seine Straferstehungskosten zu verurtheilen; endlich aber habe

3) die Untersuchung wegen intendirten Duells wegen Mangels am Vorhandensein einer gerichtlich strafbaren Handlung auf sich zu beruhen.

V. R. W.

Dessen zu Urkunde wurde gegenwärtiger Urtheilsbrief nach Verordnung großherzoglich badischen Hofgerichts des Mittelrheinkreises ausgefertigt und mit dem größern Gerichtsinsiegel versehen.

Entscheidungsgründe.

Am 2. d. M. hatte zwischen dem großherzogl. badischen Oberlieutenant Julius v. Göler und dem kaiserlich russischen Kürassierlieutenant Michael v. Werevkin im Forchheimer Gemeindswalde, Bezirksamts Ettlingen, ein Pistolenduell statt, in Folge dessen von Werevkin todt auf dem Platze blieb, v. Göler aber so schwer verwundet wurde, daß er am zweiten Tage starb.

Die deßfalls eingeleitete Untersuchung erstreckt sich gegen die beiden Sekundanten Georg v. Sarachaga-Uria und den kaiserlich russischen Major St., wovon jedoch der Erstere als großherzogl. badischer Offizier à la Suite der Kognition der Zivilbehörden nicht untersteht, der Letztere aber sich der Untersuchung durch die Flucht entzogen hat; nächstdem aber wurde auch Moritz von Haber aus Karlsruhe in Untersuchung gezogen, angeschuldigt

1) der Anstiftung des fraglichen Duells;
2) der Theilnahme durch Zusicherung der Beihilfe zu etwaiger Flucht des v. Werevkin, und
3) eines intendirten Duells mit Oberlieutenant von Göler.

Das vorstehende Erkenntniß hinsichtlich des Moritz v. Haber rechtfertigt sich nun nach folgenden thatsächlichen und rechtlichen Momenten:

Zu 1. Aus den Erklärungen des Angeschuldigten, gleichwie aus denen des v. Göler'schen Sekundanten

Digitized by Google

Sarachaga und den von Werevkin hinterlaſſenen Papieren ergibt ſich, daß Letzterer in einer zwiſchen v. Göler und von Haber obwaltenden Ehrenſache am 24. v. M. als Sekundant Haber's aufgetreten war, und den von Göler von jenem gefordet hatte. Auf die Erklärung des Geforderten, daß er ohne Erlaubniß der Offiziere ſeines Regiments ſich mit Haber nicht ſchlagen könne, und daher ſich allererſt mit jenen benehmen werde, ſodann aber im Falle erhaltener Genehmigung die Herausforderung annehmen würde, hatte Werevkin an ihn das Anſuchen geſtellt, ihm ſo bald als möglich den Ausſpruch der betreffenden Offiziere mitzutheilen.

Unterm 27. Auguſt (ausweislich einer im Nachlaſſe Werevkins vorgefundenen Abſchrift) erinnerte derſelbe von Baden aus den in Karlsruhe wohnenden Geforderten an Ertheilung der Antwort in kürzeſter Friſt, und bat zugleich, im Falle die betreffenden Offiziere die Erlaubniß zum Duelle verweigern ſollten, um ſchriftliche Mittheilung des beßfallſigen Ausſpruchs. Auch v. Sarachaga erwähnt dieſes Schreibens und ſeines Inhalts.

Des weitern Umſtandes, daß am 29. Auguſt Werevkin ſelbſt nach Karlsruhe gereist, und da er den von Göler nicht antraf, ſich an Kapitän L. wegen Beſchleunigung der Sache gewendet hatte, erwähnt Sarachaga nicht, wohl aber der angeſchuldigte Haber, und es wird jene Thatſache dadurch unterſtützt, daß im Werevkin'ſchen Nachlaſſe ſich Abſchrift einer Erklärung vorfand, welche derſelbe dem Kapitän L. auf Verlangen am 29. Auguſt in Karlsruhe ausgeſtellt hat, und worin geſagt iſt, daß Werevkin an jenem Tage bei L. erſchienen ſey, um durch dieſen den v. Göler angehen zu laſſen, auf die Forderung Haber's Antwort zu ertheilen.

Auch enthält ein Schreiben Gölers an Werevkin vom 30. Auguſt eine genaue Bezugnahme auf jene dem Kapitän L. ausgeſtellte Erklärung. Bereits in dieſer letztern hatte ſich nun Werevkin über das bisherige Stillſchweigen Göler's empfindlich gezeigt („silence peu poli"), und als am 30. Auguſt (noch vor dem Schreiben Göler's an Werevkin, womit dieſem ein verneinender Ausſpruch der betreffenden Offiziere mitgetheilt wurde) Sarachaga bei Werevkin zu Baden erſchien, um ihm auseinander zu ſetzen, warum Gölee noch nicht geantwortet, ſoll, nach Ausſage Sarachaga's, Werevkin ihm aufgebracht geantwortet haben:

„Sie bringen noch keine Antwort? Je me f... de lui et du corps d'officiers. Ich will wiſſen, ob Hr. v. Göler ſich mit Hrn. von Haber ſchlagen will oder nicht. Haben ſie mich verſtanden?" ꝛc.

Auf die Bemerkung Sarachaga's, daß es ſcheine, Werevkin wolle etwas mit Göler haben, und in dieſem Falle dürfe er es nur ſagen, beauftragte Erſterer den Sarachaga (wie dieſer verſichert), an Göler auszurichten, daß er keine Lebensart habe, und ein „Chenapan" und „Gueux" ſey. Noch am nämlichen Tage (30. Auguſt) nach Karlsruhe zurückgekehrt, bat jedoch Sarachaga den Werevkin brieflich, ihm Das, was er an Göler ausrichten ſolle, ſchriftlich mitzutheilen, damit er nicht zu viel und nicht zu wenig ſage, worauf am 31. Auguſt Werevkin antwortete, daß er ihn nicht nur autoriſire, ſondern auch bitte, ſeine geſtrige Aeußerung ganz und unverändert dem Göler mitzutheilen, daß er übrigens ſelbſt dieſen Morgen bereits ſolche dem Kapitän L. in Karlsruhe mitgetheilt habe. In einer Mittheilung vom 1. Sept. Nachts 1½ Uhr wird ſofort Werevkin von Sarachaga benachrichtigt, daß dieſer den Auftrag an Göler beſtellt, welcher ihm ſagen laſſe, daß es keiner ſo trivialen Ausdrücke bedurft hätte, beſonders nachdem er (Göler) ihm bereits erklärt gehabt, daß, falls er (Werevkin) ſich für Haber ſchlagen wolle, er eine Kugel mit ihm wechſeln könne. Man erwarte daher Werevkin's Sekundanten in Karlsruhe.

Zugleich findet es Sarachaga in dieſem Schreibrn unbegreiflich, daß Werevkin ſich Haber's, welcher als „miserablo" bezeichnet wird, ſo ſehr annehme.

Unterdeſſen hatte Göler unterm 30. Auguſt die ſchriftliche Erklärung der betreffenden Offiziere de eod. an Werevkin abgeſandt, wornach dieſelben die Ueberzeugung ausſprechen, daß nach dem, was Göler ihnen vorgetragen und durch Dokumente erwieſen habe, derſelbe ſich mit Haber nicht ſchlagen könne.

Der angeſchuldigte Haber iſt nun geſtändig, am 31. Auguſt, nachdem er durch Werevkin von jenem Ausſpruche in Kenntniß geſetzt worden, auch ſich von deſſen Veröffentlichung in der Karlsruher Zeitung überzeugt gehabt habe, eine Erklärung folgenden Inhalts verfaßt und Behufs der Verbreitung zur Druckerei befördert zu haben:

„Vor der ganzen Welt erkläre ich hiermit, daß Oberlieutenant Julius von Göler ein niederträchtiger und

Digitized by Google

feiger Verläumder ist; lügenhaft hat er einige Offiziere getäuscht, und diese gaben ihm eine Erklärung, hinter welcher er sich verbirgt, um mir die schuldige Genugthuung zu verweigern".

„Nachdem er auf diese Weise meiner Ehre zu schaden gesucht hat, fühlt er nicht den Muth in sich, für seine Schmähungen Rede zu stehen".

„Baden-Baden 31. August 1843".

Moritz v. Haber.

Der Angeschuldigte gibt ferner, in Uebereinstimmung mit den Gegnern, zu, daß Werevkin einige gedruckte Exemplare jener Erklärung auf der Promenade zu Baden angeschlagen habe. Er behauptet jedoch, daß Werevkin solches aus eigenem Antriebe gethan habe, auch daß Werevkin und St. ihm gerathen hätten, zu jenem äußersten Mittel zu greifen, damit er den Göler zum beabsichtigten Duell nöthige.

Dieser Vorfall, von welchem Göler am 1. September Nachricht erhielt, nachdem zuvor an gleichem Tage ein Schreiben Werevkin's eingetroffen war, in dem dieser den Sarachaga wegen des in dessen Schreiben vom 1. September Nachts gegen Haber gebrauchten Ausdrucks „miserable" herausfordert, und zugleich bemerkt, daß er sich mit Göler nicht schlagen werde, bis dieser sich wegen des Tags zuvor angeschlagenen Haber'schen Zirkulars gereinigt haben werde, veranlaßte nach Aussage Sarachaga's den Göler, mit ihm nach Baden zu reisen, woselbst nun Werevkin gefordert worden sey, und zugesagt habe, sich andern Tags zum Zweikampfe mit Göler zu stellen. Das Nähere dazu sey sogleich unter den Sekundanten festgesetzt worden, und am andern Tage habe sofort der Zweikampf stattgefunden.

Der Angeschuldigte leugnete auch hier nicht, von diesem Vorfalle Kenntniß zu haben; gleichwie von andern Schritten Werevkin's, sei er hievon aber erstmals von Werevkin mit dem Bemerken in Kenntniß gesetzt worden, daß es demselben, nachdem er von Göler unter Drohung mit körperlicher Mißhandlung zur Zusage des Duells gezwungen worden, nun leid thue, sein Versprechen, sich mit Göler eher nicht zu schlagen, als dieser ihm, Haber, Genugthuung gegeben, nicht halten könne.

Aus dem Bisherigen ergibt sich nun zur Evidenz, daß die Angelegenheit Haber's zwar Veranlassung zu gedachtem Zweikampfe, nicht aber Haber der Anstifter, d. h. dadurch Ursache des Verbrechens geworden ist, daß er den Werevkin vorsätzlich zum Entschlusse, solches zu begehen, bestimmt hat. Seine Behauptung, daß er selbst Alles aufgeboten, um sich von Göler Genugthuung zu verschaffen, daß Werevkin ihm versprochen habe, sich eher mit Göler nicht zu schlagen, und daß Letzterer denselben gleichwohl dazu gebracht habe, ist durch Göler's Sekundanten, Sarachaga, und die oben aufgeführte Korrespondenz auf's unzweideutigste unterstützt, und ein Verdachtsgrund dafür, daß der Angeschuldigte den Werevkin zum Anschlage des Plakats vom 31. August aufgefordert und damit das Duell zwischen Werevkin und Göler habe herbeiführen wollen, liegt nicht nur nicht vor, es ergibt sich vielmehr aus dem Briefe Werevkin's an Sarachaga vom 1. September, daß das Uebereinkommen zwischen Haber und Werevkin noch unverändert fortbestand. Das Gerücht, (wovon jedoch nur einer der einvernommenen Zeugen spricht, ohne es selbst übrigens zu glauben), als habe Haber den Werevkin durch Versprechungen, welche übrigens gar nicht einmal bezeichnet werden, zum Duelle mit Göler bestimmt, entbehrt hiernach um so mehr aller und jeder Haltbarkeit, als es nach den bis jetzt bekannten Vermögensverhältnissen Werevkin's und nach der Art und Weise, wie er in vorliegender Sache selbst handelnd aufgetreten ist, höchst unwahrscheinlich gefunden werden muß, als habe es irgend einer Bestimmung zu seinem Benehmen von außen und gar durch Versprechungen bedurft.

Auch der Umstand, daß unter den dem Angeschuldigten abgenommenen Papieren eine Abschrift des oben erwähnten Erinnerungsschreibens Werevkin's an Göler vom 27. August und eine weitere eines Briefes an Kapitän L. vom 31. August vorgefunden wurde, worin dem Letztern von der Unterredung mit Sarachaga und Beschimpfung Göler's Seitens Werevkin's Nachricht gegeben wird, ist unerheblich, da die Behauptung des Angeschuldigten, jeweils von den Schritten Werevkin's in Kenntniß gesetzt worden zu sein, der Sachlage nach ganz wahrscheinlich ist, irgend ein Umstand aber dafür nicht vorliegt, daß Werevkin, welcher schon vor dem 31. August sich wegen der Verzögerung bestimmter Antwort von Göler beleidigt fand, auf Anlaß Haber's die Benachrichtigung an L. hätte ergehen lassen.

Der unter Werevkin's Nachlaß vorgefundene Brief

des Haber vom Sonntag (27. August) endlich ist ganz unerheblich. Zur Erlangung einer Antwort von Seiten Göler's nämlich räth Haber dem Ersteren, eine vertraute Person nach Karlsruhe mit dem Briefe abzusenden, und derselben aufzugeben, erst dann, und nur dann zurückkehren, wenn sie eine Antwort erhalten haben werde.

Der Schluß des Inhalts:

„Sie begreifen vollkommen, mein lieber Herr v. Werevkin, daß für ein so tief verwundetes Herz jeder Zeitverlust ein Dolchstoß ist, und daß wir eilen müssen, meinen Schmerz abzukürzen",

zeigt hinlänglich, daß es dem Angeschuldigten nur darum zu thun war, Behufs seines Duells mit Göler eine Antwort zu bewirken, beziehungsweise dem Werevkin ein Mittel hiezu an die Hand zu geben; keineswegs aber den Werevkin gegen Göler aufzureizen.

Da nach allem Diesem nun weder die gegen den Angeschuldigten wegen Anstiftung des fraglichen Duells eingeleitete Untersuchung durch hinreichenden Verdacht begründet war, noch sich irgend ein weiterer Verdacht einer solchen Anstiftung durch die Untersuchung ergeben hat, so mußte nach Ansicht des §. 18 des Strafedikts und der Verordnung großherzogl. Justizministeriums vom 27. August 1827, Nr. 3854 — den Gebrauch der für die lossprechenden Erkenntnisse sowohl, als für andere, die Untersuchung aufhebende, richterliche Beschlüsse zu bedienenden Formeln betreffend — wie geschehen erkannt werden.

Zu 2. Der Angeschuldigte hat dagegen zugestanden, auf die Bitte Werevkin's und dessen Sekundanten, Major St., sich nach Mörsch an den Rhein begeben, und die dortigen Fährschiffer zu dem Zwecke in Bereitschaft gehalten zu haben, damit nöthigenfalls Jenen die Flucht gesichert sei. Dieses Geständniß wird auch durch die Aussagen der Färcher Riehm und Hutzel, so wie dadurch unterstützt, daß Postillon Becker von Neumalsch, welcher in der Nähe des Kampfplatzes mit dem Wagen hielt, den bei diesem befindlichen Bedienten des Angeschuldigten von Seiten der Russen nach Mörsch absenden sah, um dorthin geeignete Nachricht zu beingen.

Vermöge dieser, in Folge vorhergehender und vom Angeschuldigten ausdrücklich auch zugestandenen Zusage der Fluchtbegünstigung, vorgenommenen Handlung erscheint derselbe, weil er das Vergehen des Andern vorsätzlich erleichterte, als Gehilfe (Peinliche Halsgerichts-Ordnung Kaiser Karls V., Artikel 177), und wenn derselbe sich deßwegen straflos glaubt, weil nach allen Umständen das bereits unter den Andern so fest beschlossene Duell auch ohne jene Mitwirkung seinerseits ganz zweifellos würde ausgeführt worden seyn, so kann diese Rücksicht nur bei der Ausmessung der Strafe in Betracht kommen; eine Erleichterung oder Beförderung des Vergehens aber ist immerhin vorhanden, weil das Gesetz von dem Gesichtspunkte ausgeht und ausgehen muß, daß das Bewußtseyn, Begünstigung zu haben, durch Minderung der Furcht vor Strafe im begünstigten Verbrechen die Wirkung des Strafgesetzes schwächt.

Es mußte sohin in Betreff dieses Punktes eine Schuldigerklärung unbedingt erfolgen.

Was die zu erkennende Strafe betrifft, so soll nach feststehenden strafrechtlichen Grundsätzen den Gehilfen eine nach der Rücksicht, ob er mehr oder weniger zur That selbst beigetragen, zu bemessende niedere Strafe treffen. Ueber das Duell und dessen Bestrafung enthält nun weder das gemeine Recht, noch diesseitige Strafgesetzgebung eine Bestimmung; Doktrin und Praxis waren jedoch längst darin einverstanden, daß nach der eigenthümlichen Natur jenes Vergehens, als welches meistens nur aus dem Wunsche entspringt, den Nachtheilen zu entgehen, die in Ansehung der Ehre nach der Meinung der Standesgenossen denjenigen treffen, der sich nicht schlägt und wobei die Motive und Absichten der Handelnden durchaus verschieden sind von denen, welche sonst bei Tödtungen oder Körperverletzungen dem Handelnden innewohnen, Duellanten nicht nach den gesetzlichen Bestimmungen über diese letztern Verbrechen beurtheilt werden dürfen.

Inwiefern nun der „Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Baden" als Ausfluß der Doktrin erscheint, hat man sich in der Lage gesehen, solchen auch hier in Berücksichtigung zu ziehen.

Darnach ist das Duell, welches in vorliegendem Fall aktenmäßig ist, nach festgesetzten Kampfregeln unter Beobachtung derselben und unter Beiziehung von Sekundanten vollzogen wurde, mit einer Kreisgefängniß- oder Arbeitshaus-Strafe (§ 290), also mit einer bürgerlichen Strafe (§§. 31, 37) bedroht. Auch gegen den Angeschuldigten hat man sohin nur eine bürgerliche Strafe

für gerechtfertigt gehalten. Erwägt man nun aber weiter, daß, nachdem das Göler-Werevkin'sche Duell bereits in der Nacht des 1. zum 2. September festgesetzt, die Sekundanten und Kampfregeln dazu bestimmt waren; daß dasselbe nach der Persönlichkeit beider Theile sicherlich auch dann vollzogen worden wäre, wenn sich für Einen oder den Andern Niemand vorgefunden hätte, der eine Begünstigung der Flucht zugesagt hätte, und daß mithin der Angeschuldigte durch seine Zusage nur in ganz geringem Grade als betheiligt erscheint, so mußte die Erkennung einer 14tägigen Gefängnißstrafe als genügend erscheinen, an welcher jedoch der bereits erstandene Untersuchungsverhaft deßwegen abzuziehen war, weil ein genügender Grund zur Kaptur nicht vorhanden gewesen war, wie bereits das diesseitige Erkenntniß vom 14. d. M. ausgesprochen hat.

Der Antheil an den Untersuchungskosten wurde nach dem Verhältniß des Betreffnisses, welches den Hauptthätern zuzuscheiden wäre, im Zusammenhalte mit dem Grade der Theilnahme des jetzigen Angeschuldigten, erwogen.

Zu 3. Nach dem, was oben zu 1 gesagt worden, hat Moritz von Haber zugestanden, mit Oberlieutenant v. Göler ein Duell intendirt zu haben, zu welchem er denselben auch hatte herausfordern lassen.

Es erscheint jedoch diese Handlung als ein bloßes Anerbieten, eine Ehrensache durch den Zweikampf auszumachen; eine Anstalt zur Ausführung des letztern aber enthält sie nicht, sie ist vielmehr in so lang lediglich nur eine erklärte (wenn auch widerrechtliche) Willensbestimmung, als der Gegner das Duell nicht angenommen hat, und als nicht in Folge dessen die Wahl der Sekundanten und die weitern Verabredungen zum Zweikampfe getroffen worden sind. Aus diesen Gründen ist, wie geschehen, erkannt worden.

Vdt. Schachleiter.

II.

Entwurf einer Verordnung über Abhaltung der Gemeindetage. *)

Da die Verordnung vom 3. Oktober 1811, die Abhaltung der Rüge- oder Vogtgerichte betreffend, bei dem seit jener Zeit vielfach veränderten Stande der Gesetzgebung ihrem Zwecke nicht mehr vollkommen entspricht, so wird hiermit unter Aufhebung derselben zum Vollzuge des §. 151, Absatz 1 des Gemeindegesetzes verordnet, wie folgt:

§. 1.

In jeder Gemeinde ist alle drei Jahre von einem Bezirksbeamten oder dem von der zuständigen Oberbehörde bestellten Dienstverweser ein Gemeindetag abzuhalten.

In Städten über 3000 Seelen kann jedoch mit besonderer, jeweils einzuholender, Ermächtigung der Kreisregierung, davon Umgang genommen werden.

§. 2.

In Gemeinden unter 3000 Seelen sind alle Bürger verpflichtet, bei dem Gemeindetage zu erscheinen, in Gemeinden über 3000 Seelen dagegen nur die Mitglieder des Gemeinderaths, kleinen und großen Ausschusses; den übrigen Bürgern aber steht es frei, ob sie erscheinen und ihre Bemerkungen dem Bezirksamte vortragen wollen oder nicht.

§. 3.

Wenigstens 8 Tage vor der Abhaltung des Gemeindetags setzt das Bezirksamt das Bürgermeisteramt davon mit dem Auftrage in Kenntniß, in einer besonders zu berufenden Gemeindeversammlung sämmtlichen Bürgern zu eröffnen, daß und wann der Gemeindetag gehalten wird.

In derselben muß die gegenwärtige Verordnung vorgelesen und jedem Bürger aufgegeben werden, zur festgesetzten Zeit bei Vermeidung einer bis zu Ein Gulden ansteigenden Geldstrafe zu erscheinen, um dem Beamten die ihm nothwendig scheinenden Bemerkungen über diejenigen Gegenstände vorzutragen, welche hier verhandelt werden dürfen (§. 5).

Das hierüber aufzunehmende Protokoll ist von dem Bürgermeister dem Beamten bei seinem Eintreffen vorzulegen.

In Gemeinden über 3000 Seelen geschieht diese Verkündung an die Mitglieder des großen Ausschusses durch Anordnung einer Versammlung derselben, gleichfalls unter Androhung obiger Strafen; an die übrigen Gemeindebürger aber durch Verkündung mit der Schelle oder besonderes Umsagen, jedoch mit dem Anfügen, daß

*) Von Regierungsrath Welzel in Mannheim.

ihnen frei stehe, bei dem Gemeindetage zu erscheinen oder nicht.

Auch hierüber ist Beurkundung zu den Acten zu bringen.

§. 4.

Von der Abhaltung des Gemeindetages sind von dem Amte schriftlich in Kenntniß zu setzen: das Dekanat, die Bezirksschulvisitatur, das Physikat, Forstamt, Amtsrevisorat und Pfarramt, damit diese Stellen die ihnen erforderlich scheinenden Bemerkungen dem Amte mittheilen können.

Rücksichtlich der Benachrichtigung der Standes- und Grundherrschaften werden sich die Bezirksämter nach den bestehenden Declarationen benehmen.

§. 5.

Von der Verhandlung auf dem Gemeindetage ausgeschlossen sind alle Privatangelegenheiten der einzelnen Bürger.

Nur Gegenstände, welche sich auf den Zustand der ganzen Gemeinde beziehen, können auf demselben abgehandelt werden.

Bei der durch §. 3 vorgeschriebenen Verkündung hat der Bürgermeister hierauf insbesondere aufmerksam zu machen.

§. 6.

Der Bürgermeister hat dem Beamten bei seinem Eintreffen vorzulegen:

1) ein Verzeichniß sämmtlicher Gemeindebürger, unter besonderer Bezeichnung derjenigen, welchen Gemeindeämter und Gemeindedienste übertragen sind;

2) ein Verzeichniß über alle der Gemeinde gehörigen Bücher, insbesondere Gesetz- und Verordnungsblätter ꝛc. und zwar in Doppelschrift;

3) ein solches über die im Orte befindlichen milden Stiftungen, unter Angabe des Vermögens derselben, des Namens des Rechners, Bezeichnung der Stelle des Pfandbuchs, woselbst der Eintrag des dem Fond auf sein Vermögen zustehenden Vorzugsrechts enthalten ist;

4) ein gleiches über sämmtliche Minderjährige und unter Vormundschaft stehende Personen, unter Angabe ihrer Pfleger und Bezeichnung des Bandes und der Blattseite des Pfandbuchs, worauf sich der Eintrag des Vermögens des Minderjährigen auf jenes des Vormundes befindet;

5) die nach Vorschrift des Justiz-Ministerialerlasses vom 29. Juni 1832, Nr. 4046, zu führende Tabelle über die entmündigten oder verbeiständeten Personen;

6) ein Verzeichniß derjenigen Personen, welche aus öffentlichen Mitteln unterstützt werden;

7) die jüngste Bevölkerungsaufnahme;

8) eine Tabelle über den Viehstand;

9) ein Verzeichniß sämmtlicher Löschgeräthschaften.

§. 7.

Die Abhaltung des Gemeindetags beginnt damit, daß der Beamte der gesammten Bürgerschaft den Zweck desselben nochmals in kurzem Vortrage auseinandersetzt, und dieselbe auffordert, ihre Wünsche, Vorschläge oder Beschwerden über solche Gegenstände, welche nach §. 5 zur Verhandlung auf dem Gemeindetag geeignet sind, vorzutragen.

Zu diesem Zweck ist sodann jeder einzelne Bürger vorzurufen, und sein Vortrag, wenn er nach §. 5 dazu geeignet ist, unter fortlaufenden Nummern in das Protokoll aufzunehmen, ohne daß dasselbe von ihm unterschrieben zu werden braucht.

Wissen einzelne Bürger nichts vorzubringen, so sind ihre Namen in das Protokoll nicht einzutragen, jedenfalls aber muß in demselben die Bemerkung aufgenommen werden, daß alle Bürger vernommen worden sind.

Wünschen mehrere zu gleicher Zeit ihre Bemerkungen vorzutragen, so hat dies zu geschehen. Tragen mehrere, welche einzeln vernommen wurden, dieselben Vorschläge, Wünsche ꝛc. vor, so ist bei den später erschienenen Bürgern, unter Anführung ihrer Namen auf die frühere Nummer des Protokolls zu verweisen, unter welcher der gleiche Vorschlag ꝛc. schon aufgenommen ist.

§. 8.

Nach geschlossener Einvernahme der Bürger schreitet der Beamte zur Erörterung der von ihnen gemachten Bemerkungen, worüber der Gemeinderath zu vernehmen ist.

Hält er es für zweckmäßig, so kann diese auch an einer späteren Stelle des Protokolls geschehen, besonders wenn sich die Bemerkung auf einen Gegenstand bezieht, welcher ohnedies in Gemäßheit dieser Verordnung untersucht werden muß.

Digitized by Google

§. 9.

Unter Zuziehung des Bürgermeisters und des Gemeinderaths, auch, wenn es räthlich erscheint, der betreffenden Antragsteller, unterwirft der Beamte folgende Gegenstände einer genauen Prüfung:

I. Das Gemeindewesen,

insbesondere:

1) ob der Gemeinderath und Bürgerausschuß mit der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern besetzt sind (Gemeindeordnung §. 10. 27);

2) ob keine Gründe vorhanden sind, welche den Austritt des einen oder anderen nothwendig machen (§. 13. 22. 30), namentlich ob die Ergänzungswahlen rechtzeitig vorgenommen worden;

3) ob die Versammlungen des Gemeinderaths regelmäßig gehalten worden (§. 44);

4) die Dienstführung des Rathschreibers ist zu untersuchen (§. 46) besonders

a. ob das Rathsprotokoll (§. 43. 137. 138 der Gemeindeordnung), das Tagebuch über alle wandelbaren und zufälligen Einnahmen (§. 129), das Buch über die Gemeindebeschlüsse (Verordnung vom 16. April 1833 §. 25 Regierungsblatt Nr. 17), das Bürgerbuch (Verordnung vom 2. Dezember 1836 2tes Blatt Nr. 55) ordnungsmäßig geführt werden (§. 43);

b. ob die Registratur nach dem vorgeschriebenen Plane geordnet und in gutem Stande befindlich ist, ob namentlich wichtige Urkunden der Gemeinde über die ihr zustehenden nutzbaren Rechte, Grenzvergleiche, Risse über Gemeindegebäude, Kirchen und Schulen, Kaufbriefe, Obligationen ꝛc. unter gehörigem Verschluß sich befinden;

c. ob die Bücher der Gemeinde, namentlich die Gesetzbücher, die Regierungs-, Verordnungs-, Anzeige-, Fahndungs- und landwirthschaftliche Wochenblätter gut aufbewahrt werden, ob sie vollständig sind, und ob nicht der Gemeinde mehrere nothwendige oder nützliche Schriften fehlen. Die Richtigkeit des von dem Bürgermeister in Doppelschrift zu übergebenden Verzeichnisses ist mit dem wirklichen Bestande zu vergleichen, und das eine Exemplar mit der Beurkundung des Beamten versehen zurückzugeben.

5) Ueber die Dienstleistungen der niederen Diener der Gemeinderaths- und Polizeidiener, Feld- und Waldhüter ꝛc. sind Erkundigungen einzuziehen, der Beamte hat dieselben vorrufen zu lassen, um sich von ihrer Dienstfähigkeit möglichst zu überzeugen;

6) In Bezug auf den Gemeindehaushalt ist zu untersuchen:

a. ob die Voranschläge über Einnahmen, Ausgaben und Deckungsmittel der Gemeinde gehörig und rechtzeitig gefertigt worden;

b. ob Ueberschreitungen derselben vorgekommen, ob und wie sie vom Gemeinderath gerechtfertigt und nachträglich von der Staatsbehörde genehmigt worden sind;

c. ob die Rechnungen jeweils rechtzeitig gestellt und abgehört worden;

d. wie hoch sich das Grundstockvermögen der Gemeinde beläuft, ob alle zu demselben gehörigen Einnahmsposten ihm auch beigeschlagen werden, wie es angelegt ist;

e. wie viele Schulden vorhanden sind, ob Gemeinde- oder Kriegsschulden, ob ein Schuldentilgungsplan besteht, und pünktlich eingehalten wird;

f. ob viele Gemeindeausstände vorhanden sind, was die Ursache derselben ist, ob sie gehörig liquidirt und gesichert sind, ob rücksichtlich ihrer Beitreibung der Rechner seine Schuldigkeit thut. Das Journal desselben und das Abrechnungsbuch sind einzusehen;

g. wie werden etwaige Ueberschüsse verwendet?

h. ist überhaupt der Rechner seinem Amte gewachsen, besitzt er hinlängliches Liegenschaftsvermögen, und ist das Vorzugsrecht der Gemeinde auf sein Vermögen im Pfandbuche eingetragen.

Das Bezirksamt wird über die Punkte a—h vor Abhaltung des Gemeindetags von dem Amtsrevisorate die möglichst genaue Auskunft erheben.

i. Wenn die Gemeinde öde Plätze besitzt, so ist dahin zu wirken, daß sie angebaut oder zu Wald angelegt werden.

7) Besteht ein Bürgergenuß in der Gemeinde, und auf welche Weise ist derselbe vertheilt?

8) Sind die Bürgereinkaufsgelder gehörig regulirt und genehmigt?

9) Bestehen besondere Beiträge zu Lokalanstalten und sind sie genehmigt?

10) Wie werden die Hand- und Fuhrdienste, deren die Gemeinde bedarf (§. 76—81 der Gemeindeordnung), geleistet, welche Verbesserung könnte eintreten?

Digitized by Google

11) Die Gemeindegebäulichkeiten, Rathhausgefängniß, Wachtstube ꝛc. sind zu besichtigen;

12) Auf Errichtung von Gemeindebacköfen und Waschhäuser ist — wo solche noch nicht bestehen, auf alle thunliche Weise hinzuwirken;

13) Wenn abgesonderte Waldungen oder Hofgüter in polizeilicher Beziehung einer Gemeinde zugewiesen sind, so ist zu untersuchen, ob die §§. 153—156 der Gemeindeordnung und die Bestimmungen der Verordnungen vom 13. Januar 1831 (Regierungsblatt Nr. II.) und vom 22. Septembee 1837 (Regierungsblatt Nr. XXXV.) vollzogen werden.

14) Der Beamte hat nach Untersuchung aller Zustände dee Gemeinde und seinen sonstigen Erfahrungen sich darübee auszusprechen, ob die Vorsteher derselben ihrem Amte mit Sachkenntniß, Fleiß und ersolgreicher Wirksamkeit vorstehen.

§. 10.

II. Die öffentlichen Bücher der Gemeinde, nämlich:

1) das Unterpfandsbuch;

2) das Grundbuch (auch Gewähe-Contrakten-Kauf und Verkaufsprotokoll genannt und zu urkundlichen Nachweisungen über Eigenthumsveränderungen an Liegenschaften bestimmt);

3) das Lagerbuch (Güterbeschreibung nach Lage der Güter geordnet);

4) das Stockzettelbuch (ebenfalls eine Güterbeschreibung, aber nach den Namen der Eigenthümer geordnet) sind zu prüfen, alle entdeckt werdenden Mängel dem Gemeinderath bemerklich und dem Amtsrevisorate die geeigneten Erinnerungen zu machen, damit von diesem etwa nothwendig werdende durchgreifende Verbesserungen eingeleitet werden.

§. 11.

III. Die bürgerlichen Standesbücher

sind nach Vorschrift der Verordnung vom 13. Oktober 1834, §. 4 (Reg. Bl. Nr. 47) einzusehen.

§. 12.

IV. Die Schulen

sind zu besichtigen und es ist zu untersuchen, ob die Schulgebäude ihrem Zwecke entsprechen, die Lehrzimmer geräumig, reinlich und hell, ob alle Schulbedürfnisse vorhanden sind (Verordnung vom 30. Mai 1834 §. 25, Reg. Bl. S. 195), die Schulversäumnisse strenge bestraft werden (Verordnung vom 15. Mai 1834, §. 13 — 15, Reg. Bl. S. 180), ob die Fortbildungsschulen bestehen (§. 20 — 23 desselben) und ob die Verordnung über Fabrikschulen (Reg. Bl. 1840 Nr. 6) in Vollzug gesetzt ist.

§. 13.

V. In Bezug auf das

Stiftungswesen

ist zu erheben:

1) ob die Stiftungsvorstände und Verwaltungsräthe vorschriftsmäßig besetzt sind;

2) ob die Rechner ihrem Dienste gewachsen und hinlänglich liegenschaftlich angesessen sind, um Sicherheit für das ihnen anvertraute Vermögen der Stiftungen leisten zu können. Die betreffenden Pfandbuch-Einträge sind zu peüfen;

3) ob die Pfandurkunden vorschriftsmäßig aufbewahrt werden. Sollte bei deren Durchgehung der Beamte finden, daß eine specielle Prüfung derselben nothwendig ist, so ist solche bei der Kreisregierung zu beantragen;

4) ob viele Ausstände vorhanden und dieselben gesichert sind;

5) ob keine dem Stiftungszwecke fremde Lasten aus dem Fond bestritten werden.

§. 14.

VI. Rücksichtlich des

Pflegschaftswesens

ist Erkundigung einzuziehen, ob die Waiseneichter ihrem Amte gewachsen, ob für sämmtliche eines Vormundes oder Pflegets bedürftige Personen solche auch wirklich bestellt und verflichtet sind, ob sie ihren Verpflichtungen gewissenhaft nachkommen, ob ihr Vermögen hinlängliche Sicherheit darbietet und ob die gesetzlichen Unterpfandsrechte der Minderjährigen im Pfandbuche vorschriftsmäßig eingetragen sind, ob die Pflegrechnungen jeweils gestellt werden, und wie füe die Erziehung der Waisen gesorgt wird.

Zugleich ist zu erheben, ob keine Theilungsgeschäfte ungebührlich lange in Rückstand sind.

(Schluß folgt).

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Eilfter Jahrgang. Nro. 40. Karlsruhe den 7. Oktober 1843.

I.

Ueber die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens.

„Wenn der Staat das öffentliche Vertrauen des Volks durch die lebendige Ueberzeugung einer gerechten Handhabung der Gesetze erwerben will, so muß er die Gerichte öffnen, und das ganze Volk zum Zeugen der Anklage, Untersuchung und Vertheidigung einladen. Es gibt kein anderes Mittel zu diesem großen Zweck.“ Leue.

Dr. Fölix aus Coblenz, dermalen avocat consultativo zu Paris, erhebt in einer bei A. Bielefeld zu Karlsruhe 1843 verlegten Broschüre *) seinen warnenden Finger gegen die Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens und ertheilt den deutschen Regierungen den gütigen Rath, die Hallen der Themis hübsch verschlossen zu halten (S. 41 und 42), oder doch dieselben nur gegen ein Eintrittsgeld zu öffnen (S. 44), wodurch er sich zugleich als Finanzmann bemerklich macht.

Zum Voraus überzeugt, daß seine Bemühung in Frankreich vergeblich sein würde, (Vorrede III und IV.), wendet er sich damit nach Deutschland, indem er hofft, die Regierungen und Landstände der Staaten, in denen die Institute der Oeffentlichkeit und der Geschwornen **) nicht bestehen, durch seine Darstellung von deren Einführung abzuhalten. S. 116.

Zum Glück für die badische Rechtspflege kommt Herr Fölix mit seinen Rathschlägen gegen die Einführung der Oeffentlichkeit des Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen zu spät. Wir lassen deshalb diesen Theil seiner Broschüre unbeantwortet und wenden uns sogleich zu den Gründen, die als das Ergebnis der eigenen Forschungen, Beobachtungen und Erfahrungen des Verfassers ausgegeben werden,***) um Deutschland von der Schädlichkeit des öffentlichen Verfahrens in Strafsachen zu überzeugen. Wer übrigens, einige Anekdötchen abgerechnet, etwas Neues erwartet, der täuscht sich gewaltig, da der Verfasser lediglich die Motive zum sächsischen Entwurf einer dem geheimen Verfahren huldigenden Strafproceßordnung recapitulirt und sich damit in den meisten Punkten einverstanden erklärt. Wir ziehen daher nicht sowohl gegen ihn, als gegen seine Adoptivkinder zu Feld.

Der Deutsche will die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens im Interesse des Gesetzes, im Interesse der gesellschaftlichen Ordnung und im Interesse der Gerechtigkeit. Wenn der Verfasser mit einem historischen Rückblick (S. 39) daran erinnert, daß die Oeffentlichkeit der französischen Gerichtsverhandlungen ihre Quelle in dem gefährlichen Grundsatz der Volkssouverainetät habe, so schlägt dieß, wie er S. 41 und 54 selbst einräumt, in Deutschland nicht an; es wäre daher unnütz, bei diesem Punkte länger zu verweilen. Man vergleiche jedoch in dieser Hinsicht von Jagemann, die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens S. 37 — 39 und 74, 102 und 103.

*) Ueber Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens, dann über das Geschwornengericht.
D. E.

**) Da sich bereits mehrere vaterländische Schriftsteller in scharfsinnigen Erörterungen sowohl für als gegen die Jury ausgesprochen haben, so wird dieser Gegenstand hier nicht weiter berührt.
D. E.

***) Dahin rechnen wir jedoch nicht den S. 50—52 über die pariser Tagespresse und S. 43 über die Behandlung der Theorien des Staatsrechts auf deutschen Universitäten ausgesprochenen Tadel, welcher wohl nur dazu dienen soll, den Verfasser als Censor und Publicisten zu empfehlen. D. E.

Digitized by Google

Hören wir nun, warum der Verfasser dennoch den verschlossenen Thüren das Wort redet.

I. Die Oeffentlichkeit soll eine wahre vorläufige Strafe für die unschuldig vor Gericht gestellten Personen bilden, während sie dem Verbrecher ein Mittel darbiete, mit seiner Verderbtheit groß zu thun. S. 52.

Nach dem §. 295 des bad. Entwurfs einer Strafproceßordnung von 1835 wird auf Versetzung in den Anklagestand erkannt, wenn

1) der Thatbestand eines Verbrechens gewiß oder bis zum Grade hoher Wahrscheinlichkeit hergestellt; ferner

2) der Angeschuldigte des Verbrechens geständig oder desselben dringend verdächtig ist; und

3) keine Umstände vorhanden sind, welche im einzelnen Falle die Strafbarkeit der That oder die Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten ausschließen.

Fehlt eines dieser Erfordernisse, so wird zufolge §. 297 ausgesprochen, daß die Anklage nicht Statt finde.

Sollte dieser weisen Vorschriften ungeachtet hie und da ein Unschuldiger angeklagt werden, so kann ihm nichts erwünschter sein, als im Angesicht des Publikums die vielleicht durch eine ungünstige Verkettung von Zufälligkeiten gegen ihn gehäuften Verdachtsgründe zu beseitigen, seine Unschuld darzuthun und vor Aller Augen reingewaschen in den Kreis seiner Mitbürger zurückzukehren.

Läßt sich — möchten wir fragen — eine glänzendere Ehrenrettung, eine beßere Genugthuung geben?

Wie wenig indessen dem Verfasser an der Rettung des guten Namens eines unschuldig Angeklagten liegt, beweißt sein Vorschlag S. 66 und 67, wornach nur die geheimen Verurtheilungen wegen schwerer Verbrechen, nicht aber auch die Freisprechungen, durch Anschlagzettel und Tagblätter veröffentlicht werden sollen.

Wird hingegen ein Angeklagter nur wegen Mangels genügender Beweise frei gesprochen, so ist er, den das Publicum vielleicht für schuldig erachtet, gewiß froh, mit dem bloßen Schrecken davon gekommen zu sein. Auch würde in diesem Falle die s. g. vorläufige Strafe, wenn überhaupt diese Bezeichnung passend wäre, wenigstens nicht als eine ungerechte erscheinen. Soll etwa der persönliche Verhaft, obgleich er in vielen Fällen eine durch den Zweck der Strafrechtspflege gebotene und gerechtfertigte Maasregel ist, deswegen unterbleiben, weil man denselben auch als eine anticipirte Strafe betrachten könnte? Es will uns bedünken, daß den schuldlosen Inquisiten, welcher während der Voruntersuchung verhaftet war, die öffentliche Lossprechung gegen das „semper aliquid haeret" weit wirksamer zu schützen vermag, als wenn er insgeheim seines Arrestes entlassen wird, ohne daß man im Publicum erfährt, wie die Sache ausgegangen ist. „Was kann gerechter und billiger sein, als daß der Staat, der selbst den Verdacht einer Missethat durch die Anklage gegen Jemanden ausgesprochen und ihn dadurch in der Meinung seiner Mitbürger herabgesetzt hat, ihm die Möglichkeit gewähre, seinen guten Ruf und seine verletzte Ehre wieder herzustellen. Dazu gibt es keinen andern Weg, als die öffentliche Verhandlung des Processes, durch welche Jeder die gegen den Angeklagten erhobenen Verdachtsgründe selbst kennen lernen, ihr Gewicht selbst prüfen, ihre Widerlegung selbst einsehen und überhaupt dessen ganze Handlungsweise nach eigener Beurtheilung würdigen kann." (Leue, der mündl. öffentl. Anklageproceß ꝛc. S. 257. Gutachten der preuß. Immediatcommission von 1818. S. 18.) Mit dem Renomiren der Verbrecher hat es ebenfalls keine Noth. Der Verf. bezeugt S. 53 selbst, daß ihm Beispiele bekannt geworden sind, wo der Angeklagte durch die Evidenz der gegen ihn vorgebrachten Beweise sich zum Eingeständniß in öffentlicher Sitzung bequemt hat. Von einem solchen durch die Macht des Augenblicks mürbe gemachten Verbrecher ist kaum zu glauben, daß er sich mit seiner That brüsten werde. Was soll es aber schaden, wenn ein Angeklagter mit seiner Verderbtheit groß thut; wird er deswegen freigesprochen und der Liebling des Publicums werden, oder wird nicht vielmehr die Verurtheilung eines solchen brutalen Verbrechers den günstigsten Eindruck im Auditorium machen und die Ueberzeugung begründen, daß die Strafe wohl verdient sei. Solchen Effect hervorzubringen, ist mit ein Zweck und Glanzpunkt der Oeffentlichkeit, weil dadurch der Abscheu gegen das Verbrechen nur gesteigert wird.

II. Sie veröffentliche die Privatverhältnisse des Angeklagten und der Zeugen, ohne daß dieses zur Beurtheilung der Sache nöthig wäre. S. 52 und 64. — Die nähere Begründung dieses Einwurfs ist der Verfasser schuldig geblieben. Da man nicht wissen kann, was er als zur Sache gehörig ansieht, so ist es schwer, ihn zu widerlegen.

Digitized by Google

Die Familienverhältniſſe des Angeklagten können unſeres Erachtens nur in ſo fern zur Sprache kommen, als ſie überhaupt mit dem Gegenſtand der Unterſuchung oder wenigſtens mit der Frage in Verbindung ſtehen, in wie fern der Angeklagte ein ſolcher Menſch iſt, zu dem man ſich der That verſehen kann.

Was von der Perſönlichkeit eines Zeugen zu wiſſen nöthig iſt, erfährt man aus den Art. 75 und 317 des Code d'instr. criminelle.

Wird von dem Staatsanwalt oder von dem Vertheidiger ein Zeuge als unfähig, verdächtig oder unzuläſſig recuſirt, ſo gehört dies ebenſo, wie die Anführung und Beſcheinigung der Gründe, unzweifelhaft zur Sache. Man wird es weder als eine Abſchweifung vom Gegenſtande, noch als eine boshafte Verunglimpfung bezeichnen können, wenn z. B. einem Zeugen vorgeworfen wird, daß er keinen Glauben verdiene, weil er ſchon im Zuchthaus geweſen ſei u. ſ. w.

Iſt eine derartige Beſchuldigung unwahr, ſo kann ſie dem Zeugen nichts ſchaden, weil ja das Auditorium ſogleich davon unterrichtet wird; iſt ſie hingegen wahr, ſo darf dem Angeklagten das Recht der Vertheidigung nicht verkümmert werden, blos um einen Zeugen zu ſchonen, der wirklich anrüchtig iſt.

Ueberhaupt können da, wo es ſich um die höchſten Güter des Menſchen handelt, Unannehmlichkeiten und verdrießliche Auftritte, die dem Einzelnen begegnen mögen, gegen das Intereſſe der Geſammtheit nicht in Betracht kommen.

III. Die Erfahrung lehre, daß der Angeklagte eher vor einem einzelnen Richter, als in öffentlicher Sitzung ein Eingeſtändniß ablege. S. 52.

Dieſer Einwurf iſt, wenn er auch noch ſo wahr ſein mag, jedenfalls unerheblich, und nebſtdem, ohne daß es der Verfaſſer wollte, auch gegen das mündliche Verfahren bei verſchloſſenen Thüren gerichtet, weil ja der Angeklagte hier eben ſo, wie in öffentlicher Sitzung, vor ein Richtercollegium zu ſtehen kommt.

Unerheblich iſt der Einwand deßhalb, weil man in Deutſchland nicht beabſichtigt, die geheime Voruntersuchung vor dem Einzelrichter abzuſchaffen.

Vor dieſem kann alſo der Angeſchuldigte nach wie vor ein Geſtändniß ablegen. Beſtätigt er daſſelbe nachmals in der öffentlichen Sitzung oder vermag er einen Widerruf nicht zu begründen, ſo behält es ſeine Kraft. Bad. Entwurf. §. 452 und 453.

Einer der ſchwerſten Vorwürfe, die man dem geheimen Unterſuchungsverfahren macht, beſteht gerade darin, daß Geſtändniſſe ſehr oft erſchlichen oder erzwungen werden. Alsdann iſt die Oeffentlichkeit, wenn nicht das einzige, doch das zuverläßigſte Mittel, der Wahrheit auf den Grund zu kommen.

Wenn die Oeffentlichkeit nur dieſen einzigen Vortheil darböte, ſo wäre der Wunſch darnach ſchon gerechtfertigt.

Wie eifrig auch der Verfaſſer S. 39. 44. 48 und 54 für die Meinung ſtreitet, daß dem Publikum keine Controle oder Kritik über das Gericht und deſſen Spruch gezieme, ſo iſt es doch gewiß von unberechenbarem Nutzen, wenn allenfallſige Mißgriffe und Willkürlichkeiten der Unterſuchungsbeamten öffentlich an's Licht gezogen, und die Inquiſiten gegen erlittenes Unrecht ebenſo in Schutz genommen werden.

Die Hauptſache bleibt immer, daß dem Publikum, mag es ſich nun als Controleur, als Kritiker, als Wächter oder Zeuge betrachten, Gelegenheit gegeben wird, zu ſehen, wie die Geſetze gehandhabt werden.

Dagegen kann aber in ſo fern kein erhebliches Bedenken aufkommen, als die Gerechtigkeit, welche man von den Gerichten fordert, das Licht nicht zu ſcheuen hat.

Die natürlichen Controleure der Gerichte ſind die Staatsanwälte, die Advokaten und beziehungsweiſe Vertheidiger.

Es wird aber gut ſein, wenn das Publikum dieſe Functionäre ebenfalls in's Viſir nimmt, damit dieſelben bei Erfüllung ihrer Pflichten in den Schranken bleiben, und nicht extravagiren.

Wir vindiciren daher auch von dieſer Seite die Oeffentlichkeit im wohlverſtandenen Intereſſe des erhabenen Zwecks der Strafrechtspflege. Sie verbürgt — ſo ſagt der von der Geſetzgebungscommiſſion über den Entwurf der bürgerlichen Proceßordnung an S. K. H. den Großherzog erſtattete Bericht — den Eifer der Anwälte in Erfüllung ihrer Berufspflichten; ſie mahnt ſie, keine Anſtrengung zu ſcheuen, um ihrem mündlichen Vortrage die erforderliche Klarheit, Vollſtändigkeit und Lebendigkeit zu geben. Es gibt kein Mittel, das mehr als die Oeffentlichkeit geeignet wäre, in dem Stande der Anwälte das Streben nach wiſſenſchaftlicher Bildung zu er-

Digitized by Google

wecken und zu nähren, das Ehrgefühl und die Rechtlichkeit zu erhöhen und zu stärken, talentvolle Männer diesem Stande zuzuführen, denselben überhaupt auf die Höhe seines Berufs zu erheben, der dem Eifer, der Treue und dem Muthe seiner Angehörigen die wichtigsten Interessen ihrer Mitbürger anvertraut und dessen gewissenhafte Erfüllung dem Richter die Ausübung seiner heiligen und schweren Pflichten für Recht und Wahrheit erleichtert. Sie sichert dem eifrigen und muthvollen Vertheidiger des Rechts und der Wahrheit die schönste Belohnung und Aufmunterung, dem pflichtvergessenen Vertreter der Unredlichkeit und der Chikane in dem Verlust der öffentlichen Achtung die gebührende Strafe ꝛc.

IV. Die Zeugen — wird ferner behauptet — nähmen oft Anstand, in der Sitzung vor dem ganzen Publikum die Wahrheit zu sagen, weil solche sie selbst compromittiren könne. S. 52.

Während der Verfasser sonst nur die unteren Volksklassen, die Müßiggänger und Gauner ꝛc. im Audienzsaal erscheinen läßt, hat er hier plötzlich das ganze Publikum beisammen, um damit die Zeugen in's Bockshorn zu jagen, wiewohl es doch einleuchtend ist, daß sie bei verschlossenen Thüren weniger Bedenken tragen werden, die Unwahrheit für oder gegen den Angeklagten auszusagen, als in öffentlicher Sitzung, wo sie mehr bewacht sind.

Die Zeugen müssen schwören:

a. nach Art. 317 des Code d'instr. criminelle:
daß sie ohne Haß und ohne Furcht reden, daß sie ganze Wahrheit und nichts als die Wahrheit aussagen wollen —

b nach §. 383 des badischen Entwurfs:
auf die gestellten Fragen die Wahrheit zu sagen, ohne Haß, Gunst oder Ansehen der Personen, auch nichts, was zur Sache gehört, zu verheimlichen.

Sie werden also nur dann Gefahr laufen, sich öffentlich zu brandmarken, und der Strafe des Meineids zu verfallen, wenn sie die Unwahrheit aussagen. Der Zeuge, gegen welchen sich aus den öffentlichen Verhandlungen der Verdacht einer falschen Aussage ergibt, riskirt auf der Stelle verhaftet und in Untersuchung genommen zu werden. Art. 330 des Code cit.

Die Oeffentlichkeit ist die sicherste Gewähr für die wahrhaftigen und getreuen Aussagen der Zeugen.

Gutachten der pr. Jm. Comm. S. 26 und 27.

Der Generalstaatsprocurator Molitor in München, welcher das öffentliche Verfahren praktisch geprüft hat, ist von der Wahrheit des eben aufgestellten Satzes so sehr überzeugt, daß er es überflüssig findet, zu wiederholen, wie die Oeffentlichkeit den Zeugen zum Sporn wird zur getreuen und beherzten Angabe der Wahrheit, wie viel schwerer es ist, vor der öffentlichen Versammlung mit Lüge und Meineid aufzutreten, als in einer verschlossenen Verhörstube; welch' ein wirksames Gegengewicht die Feierlichkeit der Handlung der Furcht vor der Rache eines verwegenen Inquisiten darbietet, die sich im geheimen Verfahren so häufig durch die ängstliche Scheu der Zeugen vor Confrontationen kund gibt ꝛc.

Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. III. S. 20.

Der bereits angerufene Oberprocurator Leue zu Saarbrücken spricht sich a. a. O. S. 245—250 in gleichem Sinne aus, indem er namentlich bemerkt S. 248:

„Er habe immer beobachten können, daß vor den Assisen sehr selten Zeugen erscheinen, die einer wissentlichen Verfälschung der Wahrheit sich verdächtig machen, und daß die Zeugen in der Regel mit der möglichsten Sorgfalt ihre Aussage abgeben, sich mit Bestimmtheit aussprechen, genau unterscheiden, was sie gewiß und nicht gewiß wissen, was sie selbst gesehen und gehört und was sie von Andern erfahren haben. Der Grund davon liege zum Theil in der Wichtigkeit der Sache, zum Theil aber auch in der Feierlichkeit der öffentlichen Verhandlung, die das Gemüth mit Ernst erfülle."

Diesen als Schriftsteller und Praktiker ausgezeichneten Beamten, welche über Wahrnehmungen, die sie in ihrem Berufe gemacht haben, Zeugniß ablegen, wird hoffentlich Herr Fölix nicht auch (wie S. 63 mehreren Andern) entgegen halten, daß sie weniger Gelegenheit gehabt hätten, sich von den Nachtheilen der Oeffentlichkeit zu überzeugen, als er, der meistens nur (S. 16, 20, 47, 50, 60 und 62) von Hörensagen referirt.

V. Die öffentliche Sitzung veranlasse die untern Volksklassen zum Müssiggang, und bilde eine Schule der Jmmoralität. S. 40, 49, 52, 59 und 62.

Um diesen Satz gehörig zu coloriren, sagt der Verfasser S. 65: „Meines Erachtens würden die deutschen Regierungen und Landstände sich einer schweren Verantwortlichkeit in Bezug auf die arbeitenden Volksklassen aus-

Digitized by Google

ſetzen, wenn ſie die unbeſchränkte Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens einführten. Sie würden dieſe Klaſſen veranlaſſen, einerſeits ihre Zeit zum Anſchauen dieſes Schauſpiels zu verwenden, was in der gegenwärtigen Epoche um ſo mehr von allgemeinem Nachtheil iſt, als durch die Einführung der Maſchinen der Ertrag der Handarbeit des Menſchen beinahe überall herabgedrückt worden iſt, wogegen die Civiliſation ſelbſt in dieſer Klaſſe neue Bedürfniſſe herbeigeführt hat, und der Preis ſelbſt der erſten Lebensbedürfniſſe an vielen Orten geſtiegen iſt. Andererſeits würde die Oeffentlichkeit die Leute der unteren Klaſſen verführen, das daraus ergehende böſe Beiſpiel nachzuahmen. Dieſes Schauſpiel iſt noch gefährlicher für die guten Sitten der unteren Volksklaſſen als die unmoraliſchen Theaterſtücke, die jetzt in Frankreich an der Tagesordnung ſind, und worin jedesmal das Verbrechen mehr und weniger beſchönigt wird *). Die Gefahr iſt größer, weil eines Theils das gerichtliche Schauſpiel unentgeldlich dargeboten wird, und andern Theils die in der Vertheidigung vorkommende Beſchönigung oder Entſchuldigung des Verbrechens **) aus dem Munde der dem Volke bekannten Advokaten kommt, und einen Vorgang betrifft, den es wirklich vor Augen ſieht, während es im Theater immer daran denken kann, die Erzählung ſei nur erfunden."

Dieſe Beſorgniſſe ſind, einſtweilen abgeſehen von ihrer Grundloſigkeit, jedenfalls übertrieben. Der Verfaſſer wirft S. 60 ſelbſt die Frage auf:

„Und geht denn das ganze Publikum von Frankreich in die Sitzungen der Aſſiſenhöfe und der Zuchtpolizeigerichte, wovon die erſteren nur in 86 Städten und die letzteren in denſelben Städten und in 275 anderen gehalten werden? Endlich kann auch in keiner dieſer Städte der Sitzungsſaal die ganze Bevölkerung faſſen." —

Nimmt man nun noch hiezu, daß die Aſſiſen regelmäßig nur alle Vierteljahr zuſammenkommen, und daß ihre Sitzungen ſelten einen ganzen Monat in Anſpruch nehmen, ſo dürfte obiger Vorwurf in Anbetracht, daß man auch in Deutſchland nicht mit dem Projekte umgeht, Jahr aus Jahr ein den ganzen lieben langen Tag überall öffentliche Sitzungen zu halten, als gerechtfertigt erſcheinen. Warum ſollten gerade die Gerichtsſäle geſchloſſen werden, während ſonſt die ganze Welt zum Müſſiggehen offenſteht?

Es iſt eine bloße Einbildung, daß die Müſſiggänger in den Audienzſälen der Gerichte gehegt und gepflegt werden. Wer dem Müſſiggang verfallen iſt, ſucht die Gerichtsſäle am wenigſten auf, weil er an dieſer Art von Unterhaltung keinen Geſchmack findet, und ſich überdieß ſcheut, öffentlich geſehn zu werden. Wir ſehen und hören doch auch, wie es ſich damit in den Provinzen des linken Rheinufers verhält, wo bis jetzt keine Klagen über das Zunehmen des Müſſiggangs, als Folge der Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens, laut geworden ſind. Dort werden übrigens die Sitzungen nicht bloß von den unteren Volksklaſſen, ſondern von Perſonen aus allen Ständen beſucht. Mögen aber unter Andern auch Eckenſteher, Holzmacher, Sackträger und dergleichen Leute, welche nur zu gewiſſen Stunden des Tages ihren Verdienſt finden, ſich einſtellen, ſo bringen ſie da ihre freie Zeit immer nützlich, und jedenfalls beſſer zu, als wenn ſie in den Schenken liegen, oder Schelmenſtreiche ausführen. Die Müſſiggänger von Profeſſion ſind hier zu Land von dem Beſuche der Gerichtsſäle in ſo fern abgehalten, als ſie aufgegriffen und in die polizeiliche Verwahrungsanſtalt gebracht werden. Verordnung v. 30. Juli 1840. Reg. Bl. Nr. 28. S. 219.

Die abgedroſchene Behauptung *), daß die öffentlichen Unterſuchungen eine Schule der Immoralität und des Ver-

*) Das Gutachten der preußiſchen Immediatcommiſſion bemerkt in dieſer Hinſicht S. 19:

„Wenn ſchon das Afterbild des Lebens auf der Bühne ſo mächtig erſchüttert, wenn der Zuhörer vom Dichter durchaus das Recht für die Schuldigen und Unſchuldigen verlangt, und er nur dann, wenn dieß geübt iſt, befriedigt das Haus verläßt, wenn dieſes Gefühl jener Aftergerechtigkeit und die Uebung deſſelben oft wieder mächtig in das wirkliche Leben des Zuhörers, beſonders des jugendlichen, eingreift: wie mächtig muß der Ernſt der Wirklichkeit und die richterliche Gerechtigkeit auf die Gefühle, die Geſinnungen und das Leben derjenigen wirken, welche den Verhandlungen der Strafgerechtigkeit beiwohnen." D. E.

**) Nach Art. 311 des Code d'instruction criminelle darf der Vertheidiger nichts gegen ſein Gewiſſen und gegen die den Geſetzen ſchuldige Achtung vorbringen; auch muß er ſich mit Beſcheidenheit und Mäßigung ausdrücken, widrigenfalls ihn der Präſident zur Ordnung rufen und an ſeine Pflicht erinnern wird. D. E.

*) Sie iſt nach dem Gutachten der preußiſchen Immediatcommiſſion S. 27 zuerſt von Schramm und Trittermann auf die Bahn gebracht worden. D. E.

brechens bilden, — könnte nur dann gegründet sein, wenn das Verbrechen hier bloß beschönigt und nicht bestraft würde. So ist es aber nicht. Das Publicum vernimmt nicht die Vertheidigung allein, sondern auch die Anklage mit ihren Beweisen, und hört zugleich das Urtheil an, welches auf die ganze Verhandlung folgt. Wir haben schon oben unter Absatz I. zu zeigen gesucht, wie es kaum möglich ist, daß ein Unschuldiger in Anklagestand versetzt werde. Die wirklich Schuldigen werden bei weitem die Mehrzahl der Angeklagten ausmachen, und demzufolge die Freisprechungen ungleich seltener als die Verurtheilungen sein. Da sonach keine häufigen Freisprechungen in Aussicht stehen, so ist auch nicht viel von ihren schlimmen Folgen zu befürchten. Der Verfasser hebt, in seiner einseitigen Auffassung, nur die Schattenseite der Oeffentlichkeit hervor, wenn er S. 49 davon spricht, daß die Zuhörer da lernen könnten, wie man bei Begehung der Verbrechen die erschwerenden Umstände vermeidet, ohne jedoch den Zweck zu verfehlen, wie man nach begangenem Verbrechen sich gegen die Entdeckung bewahrt, oder, wenn diese doch erfolgen sollte, seine Vertheidigung einzurichten hat *). Es gibt in verschiedenen Theilen des Großherzogthums raffinirte Diebe und Betrüger, welche durch die Art der Ausführung ihrer Verbrechen eine hohe Meisterschaft im Fache bekunden, obschon sie ihr ganzes Leben auf dem Lande zugebracht und nie eine größere Stadt gesehn, geschweige denn einer öffentlichen Gerichtssitzung beigewohnt und da ihre Studien gemacht haben. Daß sie ihr Unwesen so lange ungestraft treiben können, kommt nur von dem geheimen schriftlichen Verfahren her. Die Oeffentlichkeit wird für diese Schurken ein Schrecken und für die Gesellschaft eine Wohlthat werden. Wenn das Publikum mit eigenen Augen sieht, wie ein Verbrechen, mag es auch noch so fein angelegt und noch so schlau ausgeführt worden sein, früher oder später doch an den Tag kommt, und wie der Thäter, seines Läugnens ungeachtet, der strafenden Gerechtigkeit anheimfällt, so muß die ewige Wahrheit des alten Sprichworts: Nichts ist so fein gesponnen ꝛc., den Sieg davon tragen. Der letzte Eindruck, welchen das Verdammungsurtheil dem Zuhörer mit auf den Weg gibt, wird nachhaltig wirken, und nur als Gegengift in seinem Innern operiren, wenn er nicht ganz und gar abgestumpft ist.

Man darf die gerichtlichen Verhandlungen nicht mit Romanen vergleichen, welche den Spitzbuben idealisiren, und seine Laufbahn mit den reizendsten Farben malen. In der Wirklichkeit, wie solche vor Gericht entfaltet wird, gewinnt die Sache ein ganz anderes Ansehn. Hier zeigt sich das Leben selbst des glücklichsten, geschicktesten Verbrechers in seiner ganzen Prosa als eine lange Kette von Sorgen, Entbehrungen, Gefahren, Widerwärtigkeiten und Leiden aller Art, deren letztes Glied das Zuchthaus oder Schaffot bildet. Der Reiz zur Nachahmung wird paralisirt durch das schlimme Ende, welches der Verbrecher nimmt. Beim Anblick eines vom Säuferwahnsinn befallenen Trunkenbolds wird schwerlich Jemand von der Lust angewandelt werden, sich dem Trunke zu ergeben. So wird auch das jammervolle Bildniß eines verurtheilten Verbrechers, — den alle Ränke und Schwänke, alle Kniffe und Pfiffe dem Arme der Gerechtigkeit nicht zu entwinden vermochten, — statt anzuziehen, nur abschrecken, und in so fern die Oeffentlichkeit, wenn nicht alle physiologischen Erfahrungen trügen, eine Schule der Moralität werden, in welcher sich das Publikum zugleich belehren kann, wie man vor den Schelmen und ihren Künsten auf der Hut sein muß.

Wäre aber die Oeffentlichkeit in den Staaten, wo sie schon längst besteht, in der That eine Schule des Verbrechens, so ließe sich schlechterdings nicht begreifen, warum dieses Institut eben dort von dem einsichtsvolleren und bessern Theil der Nation, und nicht etwa bloß von den Gaunern, Müssiggängern und Tagschreibern so unendlich hoch geschätzt, mit Enthusiasmus vertheidigt und als ein wahres Palladium der bürgerlichen Freiheit gepriesen wird. Sollte man sich nur einen Augenblick besinnen, die Oeffentlichkeit wieder abzuschaffen, wenn sie bloß dazu diente, die Müssiggänger zu hegen, die Verbrecher zu unterrichten und deren Zahl täglich zu vermehren. Und wie könnte es der Verfasser in seiner ungemessenen Sorgfalt für das Wohl der Menschheit je verantworten, daß er nicht allein den Engländern und Franzosen, sondern auch den Deutschen auf dem linken Rheinufer diese verderbliche Schule (S. 66) lassen will, weil sie nun einmal schon so lange daran gewöhnt sind. Müßte er nicht vor Allem bei diesen Nationen als Erlöser auftreten, um sie

*) Diesen längst verjährten Einwand hält Leue a. a. O. S. 285 nicht einmal der Widerlegung werth. D. E.

Digitized by Google

von dem Krebsschaden zu heilen, und sich selbst vor der Gefahr zu retten, über kurz oder lang mit Haut und Haar eine Beute der Legionen von Müssiggängern und Verbrechern zu werden, von welchen es dort wimmeln müßte, wenn seine grenzenlose Aengsten gegründet wären. Durch den täglichen Verkehr mit den Rheinprovinzen und durch die jährlichen Uebersichten, welche von den dortigen Generalprocuratoren gegeben werden, sind wir jedoch in den Stand gesetzt, die Besorgniß des Herrn Fölix für einen panischen Schrecken zu erklären.

In unserem Vaterlande bestrebt man sich, statt auch dem Volke die Binde der Themis um die Augen zu legen, durch Oeffnung der Gerichtssäle, durch Verbesserung des Unterrichtswesens, durch Eröffnung neuer Nahrungsquellen, durch Beförderung der Landwirthschaft, durch Handhabung einer strengen Aufsicht über liederliche und verdächtige Individuen und durch Einführung des Pönitentiarsystems in den Strafhäusern jenen Uebeln abzuhelfen, die der Verfasser irrigerweise dem öffentlichen Strafverfahren zuschreibt. Endlich ist in so fern, als daraus Aergerniß oder Verletzung der Sittlichkeit und Schamhaftigkeit entstehen würde, ungefähr ebenso wie in Frankreich durch den §. 364 des badischen Entwurfes die Schließung der Thüren vorbehalten. (Schluß folgt.)

II.

Entwurf einer Verordnung über Abhaltung der Gemeindetage.

(Schluß).

§. 15.

VII. Der polizeiliche Zustand der Gemeinde ist einer genauen Erörterung zu unterwerfen.

1) Sicherheitspolizei:

a. ob die Gendarmen ihrer Dienstobliegenheit nachkommen;

b. wie viel Ortspolizeidiener angestellt sind, ob die Zahl derselben dem Bedürfniß entspricht, ob sie ihrem Dienste mit Kraft und Ordnungsliebe vorstehen.

Montur und Armatur sind zu besichtigen.

c. Das Anzeigebuch derselben ist einzusehen und mit der Untersuchungs- und Straftabelle über Polizeivergehen zu vergleichen, um sich davon zu überzeugen, ob keine Rückstände vorhanden sind.

d. Wie wird die Tag- und Nachtwache versehen? Das Nachtwachebuch ist einzusehen, eben so die Wachtstube, rücksichtlich deren besonders zu prüfen, ob sie an einem passenden nicht zu entlegenen Platze sich befindet.

e. Die Fahndungs- und Nachtzettelbücher sind zu prüfen.

f. Befinden sich heimathlose, arbeitscheue, verdächtige Personen in der Gemeinde; sind in oder außerhalb des Orts Häuser, in welchen liederlichem Gesindel Unterkunft gestattet wird; welche polizeiliche Maaßregeln sind hierwegen getroffen?

g. Wird die Verordnung über Beobachtung der Polizei- oder Feierabendstunde (Regierungsblatt 1836 Nr. 37) gehörig gehandhabt, und ebenso

h. jene vom 13. März 1835 über die Bestrafung der Bettler (Anzeigeblatt Nr. 18)? Das hierüber zu führende Buch ist einzusehen.

2) Armenpolizei.

Bestehen besondere Armenanstalten in einer Gemeinde, werden sie ordnungsmäßig verwaltet, wie groß ist die Zahl der Armen, die Unterstützung erhalten, sind sie noch arbeitsfähig, und kann ihnen nicht die Gemeinde selbst Beschäftigung gegen angemessene Vergütung zuweisen?

3) Gemarkungs- und Feldpolizei.

a. Wie sind die Steinsatz- oder Feldgerichte besetzt, wird namentlich auch darauf gesehen, daß ihre Mitglieder nicht wie jene des Gemeinderaths wechseln? wird die Verordnung vom 22. September 1818 (Regierungsblatt Nr. 21) befolgt?

b. Wird die Feldpolizei gut verwaltet, wie viel Feldschützen sind bestellt, sind sie zuverlässig, wird die Thätigung der Feldfrevel regelmäßig und in welchen Zwischenräumen vorgenommen, werden die Strafen schnell und nachdrücklich vollzogen?

c. Sind die Gemarkungsgrenzen bereinigt und umsteint und Grenzbeschriebe vorhanden?

4) Straßenpolizei.

a. Sind die Verbindungs- und Feldwege, die Brücken, Stege, Dohlen in gutem, insbesondere an gefährlichen Stellen durch Geländer geschütztem, Zustand?

b. Die Wege mit Bäumen bepflanzt?

c. Wegwarte angestellt und mit welchem Gehalte, thun sie ihre Schuldigkeit, sind sie mit einer Instruction versehen?

Digitized by Google

d. Sind die Orientirungsstöcke, Wegweiser, Bahnschlitten in gehörigen Stand?

5) Reinlichkeits- und Gesundheits-Polizei.

a. Werden die Straßen innerhalb des Orts reinlich gehalten und ist namentlich für Ableitung des Wassers gesorgt?

b. Liefern die Brunnen hinlängliches und gutes Trinkwasser, werden sie reinlich gehalten?

c. Befinden sich Sümpfe und stehende Gewässer in der Gemarkung, welche ausgetrocknet werden könnten?

d. Sind die Ufer der Bäche und Flüsse so unterhalten, daß kein Einbruch zu befürchten ist?

e. Werden die Steinbrüche, Kies-, Sand- und Lehmgruben vorschriftsmäßig so gebaut, daß keine Gefahr für das Leben der in denselben beschäftigten Personen vorhanden ist?

6) Feuerpolizei.

a. Das vorgelegte Verzeichniß der Feuergeräthschaften ist mit dem wirklichen Bestande zu prüfen.

b. Die Löschgeräthschaften und Wasserbehälter sind untersuchen zu lassen, namentlich ob die nöthige Anzahl von Feuereimern vorhanden ist.

c. Die bestehende Feuerlöschordnung ist zu prüfen und, wenn eine Abänderung nothwendig ist, solche anzuordnen.

d. Ueber die Art der Vornahme der Feuer- Vor- und Nachschau ist Erkundigung einzuziehen, und, so viel thunlich, zu untersuchen, ob für Verbesserung der gerügten Mängel gesorgt wird.

e. Kommt der Kaminfeger seinen Verflichtungen nach und hält er sich strenge an den bestehenden Gebührentarif?

f. Die Feuerversicherungsbücher für Gebäude und Fahrniß sind einzusehen.

7) Baupolizei.

Werden die Vorschriften wegen des Bauens von Stein, der Stroh- und Schindeldächer beobachtet, sind keine Gebäude vorhanden, welche dem Einsturze drohen, ist ein Bauplan vorhanden und wird er eingehalten?

§. 16.

VIII. In Bezug auf

Landwirthschaft und Viehzucht

hat der Beamte sein besonderes Augenmerk zu richten:

1) Auf Hebung des Weinbaues durch Pflanzung edlerer Rebsorten;

2) auf die Cultur der Wiesen, wobei hauptsächlich die Be- und Entwässerung derselben zu berücksichtigen ist.

Es ist zu untersuchen, ob Wässerungsordnungen bestehen oder nicht, und ob sie im ersten Falle dem Bedürfnisse genügen.

3) Auf die Beförderung und Veredlung der Rindviehzucht, in welcher Beziehung dafür zu sorgen ist, daß das Gesetz vom 3. August 1837 über Ablösung der Pflicht zur Haltung des Faselviehes, wo es noch nicht geschehen ist, zum Vollzug komme. Das Faselvieh ist zu besichtigen und ebenso der Sprungplatz.

4) Wird Pferdezucht getrieben, so ist die Fohlenweide einzusehen.

5) Die Viehkaufprotokolle sind zu prüfen und es ist nach Thunlichkeit auf die Errichtung von Vieh-, Leih- und Assekuranzkassen hinzuwirken.

6) Ueber den Zustand der Obstbaumschule ist sich durch Einsichtsnahme zu verlässigen.

§. 17.

Der Beamte hat genau zu prüfen, ob sämmtliche Anordnungen des letzteren Gemeindetages befolgt worden sind.

§. 18.

Das Pfarrhaus, die Kirche und die Begräbnißstätte sind einzusehen, um zu ermessen, ob sie ihrem Zwecke entsprechen.

§. 19.

Alle bemerkenswerthen Wahrnehmungen, welche der Beamte in den eben angegebenen Beziehungen macht, legt derselbe in das Protokoll nieder und faßt darüber die erforderlichen Beschlüsse sogleich oder doch in möglichst kurzer Frist nach Beendigung des Geschäfts.

§. 20.

Sobald diese an den Gemeinderath abgegangen sind, werden die Akten der Kreisregierung zur Einsicht vorgelegt. In dem Einsendungsberichte hat sich das Bezirksamt darüber besonders auszusprechen, ob es für nothwendig erachtet, daß der Beamte nach Umfluß einiger Zeit sich nochmals in die Gemeinde begebe und daselbst prüfe, ob die getroffenen Anordnungen auch in allen ihren Theilen pünktlich vollzogen worden sind.

Ordnet sodann die Kreisregierung diese örtliche Nachprüfung an, so ist solche zu einem schicklichen Zeitpunkt auf das Genaueste vorzunehmen. Etwaige Saumseligkeiten sind zu bestrafen, und es ist durch fortwährende Controle der Vollzug der erlassenen Verfügungen streng zu überwachen.

Die Bezirksämter werden die örtliche Nachprüfung nur bei großen Gemeinden beantragen, und wenn eine solche nicht vorgenommen wird, mit gleicher Strenge auf dem Vollzuge ihrer Beschlüsse bestehen, jedenfalls aber bei Gelegenheit anderer anwärtiger Geschäfte fortwährend denselben beaufsichtigen.

§. 21.

Die Kosten der Abhaltung des Gemeinde-Tages und der etwa angeordnet werdenden örtlichen Prüfung über den Vollzug der Gemeindetagsbeschlüsse fallen hälftig auf die Amts- und hälftig auf die Gemeindekasse.

§. 22.

Das Bezirksamt schlägt die Reihenfolge vor, in welcher die Gemeinde-Tage in den einzelnen Gemeinden seines Bezirks abzuhalten sind. Die Kreisregierungen haben solche zu genehmigen und die Einhaltung derselben so wie die genaue Befolgung dieser Verordnung zu überwachen.

Am Schlusse jeden Jahres werden dieselben hierüber Vortrag an das hohe Ministerium des Innern, unter besonderer Angabe derjenigen Aemter erstatten, welche sich durch gründliche Behandlung dieses wichtigen Geschäftszweigs besonders ausgezeichnet haben.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 41. Karlsruhe den 14. Oktober 1843.

I.

Ueber die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens.

(Schluß.)

VI. Die Oeffentlichkeit gebe den Mitschuldigen, den Bekannten und Verwandten des Angeklagten Mittel an die Hand, den Gang der Justiz zu hemmen. S. 53. — Dieser Einwurf ist S. 49 dahin erläutert, daß die genannten Personen bei den Verhandlungen sich einfinden, um zu hören, in wie fern alle Umstände des Verbrechens entdeckt sind, oder in wie fern es noch möglich ist, der Entdeckung eines oder des andern derselben vorzubeugen, die Zeugen in Irrthum zu führen u. s. w. Der Verfasser behauptet Seite 50 weiter, Kenntniß von mehreren Fällen zu haben, wo Bekannte der Angeklagten aus den Nachrichten, die ihnen die öffentliche Sitzung verschaffte, den größten Nutzen zu deren Gunsten zogen. Wir können auch gegen diese Angaben unser Mißtrauen nicht unterdrücken.

Es ist eine bekannte Thatsache, daß die meisten Collusionen vor oder während der geheimen Untersuchung stattfinden, besonders dann, wenn entweder die Inculpaten nicht verhaftet, oder die Gefängnisse so construirt sind, daß sie den Verkehr der Inhaftirten unter sich und nach Außen erleichtern. Dazu wird gewöhnlich die Nacht oder sonst eine Zeit gewählt, wo sich die Gefangenen unbewacht glauben, oder die Zuträger unbemerkt herbeischleichen können. Wie nun ein solcher Unfug in öffentlicher Sitzung, wo so viele Augen wachen, möglich sein sollte, läßt sich kaum begreifen. Wenn aber dergleichen Fälle wirklich vorkommen sollten, so bietet ja gerade die Oeffentlichkeit das Mittel dar, auch die noch unbekannten Mitschuldigen zu entdecken und zu verhaften. Wie es sich in Frankreich macht, daß die Bekannten, so wie die Vettern und Basen eines Angeklagten alle Umstände des Verbrechens kennen, sagt uns der Verfasser nicht. Doch lehrt die Erfahrung, daß die Umstände eines Verbrechens, welches viele Mitwisser hat, auch dem Gerichte nicht fremd bleiben, weil dergleichen Dinge von dem Einen oder Andern ausgeplaudert und so weiter bekannt werden. Hat dagegen der Angeklagte das Verbrechen ganz allein begangen und auch Niemanden zum Vertrauten gemacht, so sind Collusionen nicht wohl denkbar. Wie es endlich die sogenannten auditeurs intéressés angreifen, um den Gang der Justiz mitten im Laufe der öffentlichen Verhandlung zu hemmen, die Zeugen in Irrthum zu führen, und aus den Erörterungen sogar Vortheile für den Angeklagten zu ziehen, bleibt uns, da der Verfasser keine nähere Aufschlüsse hierüber ertheilt hat, ganz unbegreiflich, weil nach Art. 353 des Code d'instruction criminelle die öffentlichen Untersuchungen und Verhandlungen, wenn sie einmal ihren Anfang genommen haben, ununterbrochen und ohne irgend eine Mittheilung von oder nach Außen bis nach der erfolgten Erklärung der Geschwornen fortgesetzt werden müssen. So weit uns die innere Einrichtung der öffentlichen Gerichtssäle aus eigener Anschauung bekannt ist, sieht das Publikum die Zeugen nur im Rücken, und entbehrt der Gelegenheit, mit denselben in nahe Berührung zu kommen, oder irgendwie heimlich zu verkehren. Zudem sind in den Art. 316 und 327 des Code d'instruction criminelle Vorschriften gegeben, wie man bald durch Abführung der Angeklagten, bald durch Verweisung der Zeugen in das für sie bestimmte Zimmer besorgliche Collusionen vereiteln kann. Endlich haben Zuschauer, welche sich nicht ruhig verhalten, oder den Gang der Verhandlungen stören, zu gewärtigen, daß sie augenblicklich vor

Digitized by Google

die Thüre geſchoben werden. Vergl. Art. 504 des Code d'instruction criminelle. Wir glauben daher, dieſen letzten Einwurf für eben ſo geſucht als unbegründet erklären zu müſſen. —

Nun theilt uns aber der Verfaſſer aus der Vorrathskammer ſeiner Forſchungen, Beobachtungen und Erfahrungen S. 49 ein Geſchichtchen mit, wie ihm 1831 ein wegen Diebſtahls angeklagter Lothringer im parloir der conciergerie eine vollſtändige Auslegung der Art. 393 und 397 des Strafgeſetzbuchs ertheilt habe, unter Anführung der ähnlichen Fälle, deren Verhandlung er am Aſſiſenhof beigewohnt hatte. Dieſe Anekdote iſt uns darum willkommen, weil ſie beſtätigt, daß durch die Oeffentlichkeit die Kenntniß der Geſetze unter dem Volke verbreitet wird. Unſer Landrecht will, daß Jedermann die Geſetze kennen ſoll. Die Strafdrohung iſt ein leerer Schall, wenn die Geſetze den Bürgern ein Geheimniß ſind. In Baden werden ſogar ſeit ſechs Jahren den Inquiſiten mit dem Urtheile zugleich die Entſcheidungsgründe verkündet, damit ſie daraus erſehen können, daß und welche Geſetze für oder gegen ſie zur Anwendung gebracht worden ſind. Wenn nun die Entſcheidungsgründe in Zukunft nicht blos den Betheiligten, ſondern auch dem Publikum verkündet werden, ſo wird dieſe Publication nicht bloß den Glauben an die reifliche Erwägung des abgeurtheilten Falles begründen, ſondern auch Allen, die ſolche mit angehört haben, zur Belehrung und Warnung dienen. Wir begnügen uns nicht mehr mit der zwar nothwendigen, aber unwahren Fiction allgemeiner Rechtskenntniß, ſondern ſtreben dahin, die wirkliche Rechtskenntniß, ſo viel thunlich, zum Gemeingut der Geſammtheit zu erheben, und dadurch den Geſetzen mehr Achtung zu ſichern. Herr Fölix wird ſich daraus überzeugen, daß unſere Geſetzgebung ſchon viel zu weit vorgeſchritten iſt, als daß er hoffen könnte, in Baden für die Sache des Rückſchritts, welche er vertritt, Proſelyten zu machen.

Er ſtellt uns aber S. 9, 41 und 42 noch einige Gefahren vor, womit das Staatswohl durch die Oeffentlichkeit bedroht wird. Der unwiſſende Theil des Volkes — meint er — könne da leicht verführt und zu ehrgeizigen oder anarchiſchen Zwecken mißbraucht, es könne die in einer Gerichtsſitzung beſtehende Verſammlung der unteren Volksklaſſen durch Agitatoren in Aufregung gebracht werden *), weßhalb es Pflicht des deutſchen Bundes ſei, ſich der Einführung ſolcher Inſtitute entgegenzuſtellen, welche der inneren Ordnung und Ruhe in den Bundesſtaaten gefährlich werden können! Um dieſes politiſche Fernrohr deſto beſſer an den Mann zu bringen, hätte der ſcharfſichtige Verfaſſer nicht unterlaſſen ſollen, wenigſtens ein in Frankreich oder Rheinpreußen vorgekommenes Fällchen dieſer Art mit in den Kauf zu geben, weil wir noch nichts davon gehört und geleſen haben, daß jemals in einer öffentlichen Gerichtsſitzung irgendwo Emeuten oder Conſpirationen angezettelt worden ſeien. Im Jahr 1832, als ganz Deutſchland von einer politiſchen Aufregung ergriffen war, ſtanden bei den Verhandlungen über die Preßverbrechen die badiſchen Gerichtsſäle offen. Es fand ſich regelmäßig ein zahlreiches Auditorium aus allen Klaſſen und Ständen ein, aber darunter kein Agitator, Parteigänger oder Propagator, der es verſucht hätte die Verſammlung aufzuwiegeln. Seine Bemühung würde ohne Zweifel eben ſo vergeblich geweſen ſein, wie jene des Verfaſſers, wenn er den Engländern, Franzoſen und Rheinländern die Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens ausreden wollte. Auch in der ziemlich berühmt gewordenen Aſſiſenverhandlung zu Landau, in welcher doch die bedenklichſten Theorien mit allem Glanze der Beredtſamkeit und mit verführeriſchem Feuer vorgetragen wurden, ſind keine Aufwiegelungen bemerkbar geworden, obgleich dieſe Sitzung vielleicht die beſuchteſte von allen war, die je in den Provinzen des linken Rheinufers ſtattgefunden haben.

Bei allen dieſen Vorgängen hat die Autorität der betreffenden Regierungen nicht verloren, ſondern gewonnen, die öffentliche Ruhe und Ordnung nicht Noth gelitten, wohl aber feſtern Fuß gefaßt. Aus den politiſchen Convulſionen iſt der Patriotismus neugeſtärkt hervorgegangen und zum Rieſen herangewachſen. Die Warnungen des Verfaſſers ſind daher eben ſo albern als lächerlich.

Nachdem wir ſo weit gekommen ſind, bleibt uns nur noch ein Punkt zu beleuchten übrig.

---

*) Aus dem nämlichen Grunde müßte man auch die Kirchen, Ständehäuſer, Theater und Bahnhöfe ſchließen, die öffentlichen Volksfeſte, Meſſen und Märkte abſtellen, und die Menſchen mit Maulkörben verſehen, oder Deutſchland kurzweg in eine chineſiſche Provinz verwandeln. D. E.

Digitized by Google

Der Verfaſſer hat S. 64 die Bemerkung hingeworfen, daß kein Privatmann ein geſetzliches Intereſſe habe, das gerichtliche Verfahren zu kennen, welches die Angelegenheit eines Anderen betrifft, der ihn nicht verletzt hat. — Er zieht damit die ganze Juſtizverwaltung in den Kreis des Privatrechts hinein. Allein die Frage: ob Jemand ein Verbrechen begangen und welche Strafe er dadurch verwirkt habe? iſt keine Privatſache, ſondern eine öffentliche Angelegenheit, die alle anderen Staatsbürger in hohem Grade intereſſirt, weil die Anklage allemal eine die öffentliche Ordnung oder Sicherheit verletzende Handlung zum Gegenſtande hat, welche, obgleich der daraus hervorgehende Nachtheil oft nur den Einzelnen trifft, mittelbar zugleich die Geſammtheit gefährdet oder bedroht. Soll nun das Volk glauben, daß über die allgemeine Sicherheit ſtreng gewacht, daß jedem Uebertreter der Geſetze unter übrigens gleichen Umſtänden mit demſelben Maaße gemeſſen, daß für und gegen Jeden ohne Anſehen der Perſon das Recht zur Anwendung gebracht, mit anderen Worten, daß überall Gerechtigkeit geübt werde, ſo muß man ihm auch Gelegenheit geben, ſich davon durch die Anſchauung zu überzeugen, ſtatt blinden Glauben von ihm zu verlangen. Faſſen wir dabei noch das unſerem Entwurfe von 1839 zu Grund gelegte Syſtem der relativ unbeſtimmten Strafandrohung in's Auge, ſo iſt die Oeffentlichkeit nicht bloß eine Bürgſchaft für die Gerechtigkeit, ſondern zugleich auch eine praktiſche Entwickelung des Strafrechts, indem das Volk belehrt wird, wie innerhalb der weiten Zwiſchenräume von Maximum und Minimum der Strafe das allen einzelnen Umſtänden des vorliegenden Falles entſprechende Maaß derſelben durch das Gericht ermittelt worden iſt.

Da im Großherzogthum die ſtändiſchen Berathungen über die zu erlaſſenden Geſetze dem Publikum zugänglich ſind, ſo dürfen demſelben auch die gerichtlichen Verhandlungen und Entſcheidungen nicht geheim gehalten werden. Das Minus iſt in dem Majus begriffen.

Davon abgeſehen, läßt ſich in conſtitutionellen Staaten, wo die Kammern berechtigt ſind, der Regierung wahrgenommene Mißbräuche in der Verwaltung anzuzeigen, und desfalls Beſchwerde zu führen, der Anſpruch auf Oeffentlichkeit des Strafverfahrens in ſo fern nicht beſtreiten, als jenes verfaſſungsmäßige Recht einer Illuſion — man könnte faſt ſagen — einer Nulle gleich zu achten ſein würde, wenn dem Volke und ſeinen Vertretern die Möglichkeit entzogen werden wollte, ſich auf praktiſchem Wege die Kenntniß von den etwaigen Mißbräuchen in der Strafrechtspflege und von den allenfallſigen Mängeln und Gebrechen in dieſem Zweig der Geſetzgebung zu verſchaffen. Dazu kommt, daß die Richter, gleich den Rathgebern der Krone, für die genaue Befolgung der Verfaſſung und verfaſſungsmäßigen Geſetze verantwortlich ſind. Die Miniſter legen über ihre Verwaltung öffentlich Rechenſchaft ab; warum ſollte nicht ein Gleiches von den Gerichten gefordert werden, welchen die Gewalt über Leben, Freiheit und Ehre der Staatsbürger anvertraut iſt? Dieſe Betrachtungen zeigen, wie innig die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens mit der öffentlichen Verhandlung der allgemeinen Landesangelegenheiten in conſtitutionellen Staaten zuſammenhängt. Im Uebrigen wurde zum Theil ſchon oben angedeutet, daß durch die Oeffentlichkeit der Strafrechtspflege der Zweck der Abſchreckung am beſten erreicht, das Rechtsgefühl im Volke mehr geweckt, das Vertrauen in die Unparteilichkeit der Juſtiz beſtärkt, auch dadurch mittelbar das Anſehen der Regierung erhöht, die Kenntniß der Geſetze befördert und folgeweis denſelben größere Achtung verſchafft, der Sinn für das Gemeinweſen und die öffentlichen Angelegenheiten vermehrt und genährt wird ꝛc.

Wir haben dieſe Lichtſeiten der Oeffentlichkeit kurz berührt, um zu zeigen, wie engherzig, kurzſichtig und einſeitig der Verfaſſer ſeine Aufgabe behandelt, und wie wenig Urſache er hat, ſich mit einer günſtigen Aufnahme und Beachtung ſeiner, weit hinter den Forderungen und Anſichten unſerer Zeit zurückſtehenden Inſinuationen zu ſchmeicheln.

Bayer.

II.

Kann in einer Gant dem Geſtändniſſe des Gemeinſchuldners zu Gunſten ſeiner Ehefrau vollkommene Glaubwürdigkeit, oder überhaupt irgend eine Beweiskraft beigelegt werden?

Die Frage kam bei einer in der oberſten Inſtanz entſchiedenen Rechtsſache der Lorenz Erle'ſchen Ehefrau in Mannheim, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin, gegen die Gantmaſſe ihres Ehemannes Lorenz Erle allda, Beklagten,

Digitized by Google

Appellatin, Oberappellantin, Forderung und Unterpfandsrecht betreffend, zur Sprache, und wurde verneinend beantwortet.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten hinsichtlich dieses Punktes, wie folgt:

„Wenn die Vorschrift des §. 867 der P. O., wornach dem Geständnisse des Gemeinschuldners vollkommene Glaubwürdigkeit, oder wenigstens eine unvollständige Beweiskraft beigelegt wird, unzweifelhaft auf der Voraussetzung beruht, daß der Gemeinschuldner, wenn er auch die Masse nicht zu vertreten habe, doch immer Gegner der einzelnen Gläubiger bleibe, und ein Interesse an Bekämpfung deren Forderungen habe, so muß da, wo es an dieser Voraussetzung gebricht, auch jede den Angaben des Gemeinschuldners beigelegte Glaubwürdigkeit hinwegfallen."

„Dies ist aber hier der Fall, wo es sich um eine Forderung handelt, welche die Ehefrau gegen die Gantmasse geltend macht. Offenbar kann hier der Gemeinschuldner nicht als Gegner seiner Frau angesehen werden, er hat kein Interesse, die Forderung abgewiesen zu sehen, wohl aber ein solches, der von seiner Frau geltend gemachten, ihm selbst zu gut kommenden Forderung zum Nachtheil anderer Creditoren Eingang zu verschaffen."

„Der Gemeinschuldner erscheint in diesem Falle mehr als Vertreter, als wie der Gegner seiner Frau, seine Erklärung hat demnach gar nicht die Natur eines Geständnisses, erscheint vielmehr als eine Behauptung, die eben so wenig Glauben verdient, als die Verweigerung des ihm von seiner Frau zugeschobenen Eides die Wirkung eines gültigen Geständnisses haben könnte. Jedenfalls würde aber das Geständniß des Gemeinschuldners in vorliegendem Falle als höchst verdächtig nur wenig Glaubwürdigkeit verdienen, und durch die Gegenvermuthung paralisirt werden, welche darin liegt, daß die Oberappellatin bei der Vermögensaufnahme nur ein baares Einbringen von 1500 fl. angab." —

Daß nach diesen Gründen, ungeachtet der generellen Bestimmung des §. 867 der P. O. kein Werth auf das Geständniß des Gemeinschuldners zu Gunsten einer Forderung seiner Frau gelegt wurde, ist der Sache ganz angemessen, und dürfte noch aus dem weitern Grunde richtig sein, weil nach §. 508 Nr. 3 der P. O. das Zeugniß des einen Ehegatten in Sachen, die den andern betreffen, oder für den andern, völlig unzulässig ist, und folgerichtig einer unbeschworenen Aussage des einen Ehegatten für den andern noch weniger irgend eine Beweiskraft beigelegt werden kann.

Obgleich des Schuldners Erkenntniß im Allgemeinen das sicherste und leichteste Beweismittel ist, so hat es nach gemeinem Rechte im Concursprozesse diesen Vorzug nicht, den ihm übrigens auch der §. 867 der P. O. einräumt. Die Aussage eines Gemeinschuldners zu Gunsten eines Gläubigers läßt sich nämlich aus einem doppelten Gesichtspunkte des Geständnisses und des Zeugnisses betrachten:

Als Geständniß hat die erfolgte Aussage nach Ausbruch des Concurses gar keinen Werth, die früher gemachten aber alle mit dem Geständnisse sonst verknüpften rechtlichen Wirkungen, weil der Gemeinschuldner durch sein Bekenntniß den übrigen Gläubigern leicht Nachtheil zuziehen und weil er mit einem Gläubiger colludiren kann.

Harpprecht, de liquidatione in concursu per confessionem debitoris. Tübingae 1753. §. 10 et 11. pag. 22 et 23.

Kraft, praktische Bemerkungen über den Concursproceß. Erlangen 1786. §. 171—173. S. 357—362.

Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Processes, 2te Auflage. Erlangen 1805. B. 2. Abhandlung Nr. 43 §. 8. und 2te Abtheilung §. 32.

Ludovici, de probatione illationis dotal. Halae 1711. §. 22.

Brockes de valida illatorum confessione a marito facta. Wittebergae 1737. §. 18—50.

Als Zeugniß betrachtet ist die Aussage des Gemeinschuldners im Ganzen ebenfalls ohne Beweiskraft; doch machen die Rechtsgelehrten mehrere Ausnahmen, namentlich:

a. wenn sich sämmtliche Creditoren auf die Aussage des Cridars stützen, oder darin übereinstimmen;

b. wenn die Forderung so gering ist, daß man dabei für keine schriftlichen Beweise zu sorgen pflegt, oder weßwegen der Gläubiger sich im gemeinen Leben keine besonderen Beweismittel zu verschaffen vermag;

c. wenn sie andere Wahrscheinlichkeitsgründe für sich hat;

d. wenn der Gemeinschuldner die Aechtheit einer vor dem Concurs ausgestellten Handschrift bezeugt, und:

e. wenn das Capital unzweifelhaft, und nur über einige Zinsen die Aussage geschehen ist.

Personen, welche mit dem Cridar in engen Verhältnissen stehen, besonders dessen Gattin, können sich — selbst unter Voraussetzung einer der angeführten Ausnahmen — seines Zeugnisses nicht bedienen.

Schweppe, System des Concurses der Gläubiger nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte. Kiel 1812. §. 128. S. 175.

Harpprecht l. c. §. 8—19.

v. Dabelow, ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Halle 1801 S. 583.

Dr. Löw.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Druck und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 21. Oktober 1843.

I.

1) Baufakta in Bezug auf Anlagen auf einem Pfarrwiddumgute, z. B. auf eine Gartenanlage oder einen Wasserleitungskanal haben hinsichtlich der Wiederherbauung und Unterhaltung nicht die nämliche Wirkung, welche nach dem Kirchenbauedikte von 1808 den Baufakten in Bezug auf Gebäude zukommen;

2) auch die Verjährung kann kein Rechtstitel sein, durch welchen derjenige, der die Mauer oder den Kanal von jeher unterhielt, zur Unterhaltung verbindlich werden könnte.

(Pfarrei Kirnbach und Domänen-Fiskus.)

Am 3. Juli 1840 erhob die Pfarrei Kirnbach bei dem großherzogl. Hofgericht zu Freiburg eine Klage gegen den Domänen-Fiskus, worin sie vortrug: die Mauer, welche den zum Pfarrwiddum gehörigen Garten umschließe, und ein ebenfalls auf dem Pfarrwiddum befindlicher Wasserkanal seien in einem schadhaften Zustande. Der Domänen-Fiskus als Rechtsnachfolger des Klosters St. Georgen habe die Verbindlichkeit auf sich, sowohl jene Mauer als den Kanal zu unterhalten.

Als Rechtstitel dieser Verbindlichkeit gab die Klägerin an, die geistliche Verwaltung Hornberg, welche das St. Georger Klostervermögen unter der Würtembergischen Regierung verwaltete, habe seit rechtsverjährter Zeit die Mauer und den Kanal fortwährend baulich unterhalten. Zugleich wurden eine Anzahl Baufälle angeführt, welche, als Hauptreparationen betreffend, die Kraft wirklicher Baufakta im Sinne des Bauedikts von 1808 haben sollten, und folglich abgesehen von der Verjährung schon einzeln für sich allein die Baupflicht des Fiskus begründeten. Die Klägerin bat daher, den Fiskus zur Wiederherstellung und Unterhaltung der fraglichen Mauer und des Kanals für schuldig zu erklären.

Bei der ersten Verhandlung vom 8. März 1841 nahm das Hofgericht an, daß der Titel der Verjährung im Allgemeinen die Baupflicht des Fiskus nicht begründe, daß dieselbe aber immerhin nach den §§. 1, 2, 4 und 31 des Bauedikts durch die angeführten Hauptbaufakta begründet werde.

Die Verjährung an sich sei nämlich deßwegen zur Begründung der Klage nicht geeignet, weil blos persönliche Leistungen des Fiskus, beziehungsweise seines Rechtsvorfahrers, nämlich des Klosters St. Georgen oder der geistlichen Verwaltung Hornberg, behauptet seien, also keine Dienstbarkeit vorliege, welche durch Verjährung erworben werden konnte. Hinsichtlich der erwähnten Baufakta dagegen, die das Hofgericht zur Begründung der Klage für genügend hielt, legte dasselbe der klagenden Pfarrei durch Zwischenerkenntniß den Beweis auf. Es ist in dieser Beziehung in den Entscheidungsgründen folgendes bemerkt:

„Hinsichtlich des zweiten Klaggrunds erscheint die Klage als rechtlich begründet, zwar nicht nach den §§. 16 und 17 des Kirchenbauedikts vom Jahr 1808 Regierungsblatt Nr. 13, welche, bei der Unstatthaftigkeit einer ausdehnenden Auslegung, auf Bauten und Reparaturen der vorliegenden Art nicht angewendet werden dürfen; wohl aber nach den §§. 1, 2, 4 und 31 des Bauedikts, welche zur Anwendung kommen, und wornach die Baupflicht im Allgemeinen da, wo ein Baufaktum bewiesen ist, diesem für obliegend und er für den Bauherrn zu achten ist, so lange wo er nicht darlegt, daß jener Vorgang aus freiem Antriebe in Wohlthätigkeitsweise von ihm

Digitized by Google

geschehen, oder daß der Bau nur vorsorglich und bis zum Austrag des Streits über die Verbindlichkeit von ihm übernommen worden sei, was beides hier gar nicht behauptet ist, und daß in solchem Falle nach §. 1 des Gesetzes namentlich auch der Umfang der Baulast durch das Baufaktum bestimmt werden solle."

Bei den hierauf folgenden Beweisverhandlungen remonstrirte die Klägerin dagegen, daß der Gerichtshof den Klaggrund der Verjährung nicht zugelassen habe, während doch die deutschrechtlichen Servituten auch in faciendo bestehen könnten, die vorliegende Bauunterhaltungspflicht somit als eine Dienstbarkeit erscheine und der Verjährung unterliege.

Der beklagte Fiskus bekämpfte dies und focht seinerseits das Beweiserkenntniß deßwegen an, weil das Hofgericht die behaupteten Baufakta als erheblich erkannt habe, während doch die Bestimmungen des Bauedikts überhaupt nur für die Kirchen- und Schulgebäude, nicht aber auch für Gartenmauern, Wasserleitungen ꝛc. gelte.

Nach gepflogenen Beweisverhandlungen ging das Hofgericht in der letzteren Beziehung von seiner dem Beweiserkenntniß zu Grund liegenden Ansicht wieder ab, und erkannte am 5. Dezember 1842, daß die Klägerin unter Verfällung in die Kosten mit ihrer Klage abzuweisen sei.

Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheil sind folgende:

„Der erste Klaggrund, die Verjährung, wurde schon bei Erlassung des Zwischenbescheides vom 8. März v. J. für unstatthaft erklärt. Allerdings giebt es noch jetzt deutschrechtliche Dienstbarkeiten, welche in persönlichen Leistungen bestehen, wie z. B. Haltung des Faselviehs, Beholzungsrecht, Erbdienstbarkeiten und Grundpflichtigkeiten. Diese sind jedoch alle bestimmt bezeichnet, und das angesprochene Recht gehört zu keiner derselben."

„Allein auch der zweite Klaggrund, hergenommen aus dem Kirchenbauedikt vom Jahre 1809 begründet das Klagbegehren nicht."

„Das Gesetz über Kirchen- und Schulbaulichkeiten vom 26. April 1808 ist ein spezielles Gesetz und darf nicht ausdehnend ausgelegt und angewendet werden. Es spricht überall lediglich von der Pflicht der Herstellung und Unterhaltung von Gebäuden. Dies geht beinahe aus jedem Artikel des Gesetzes hervor. Insbesondere ist im Art. 19 bestimmt, wie weit die Baulast zum Pfarrhaus gehe, nämlich auf die Herstellung der Wohnung (Bequartierung) für die Familie und die Dienstgehülfen und der nöthigen wirthschaftlichen Nebengebäude."

„Hierdurch ist der Gegenstand des Gesetzes, insbesondere hinsichtlich des Pfarrhauses und seiner Zubehörden abgegränzt."

„Die allgemeinen Bestimmungen im Art. 1, 2 und 4 hinsichtlich des Bauherrn haben in objektiver Beziehung dadurch ebenfalls ihre bestimmte Grenze erhalten, über welche sie nicht ausgedehnt werden können."

Vergl. Archiv für die Rechtspflege Jahrg. II. S. 566. not. 51.

„Der Schlußparagraph 31 enthält eine solche Ausdehnung keineswegs. Er wiederholt nur den Grundsatz der Unverletzbarkeit erworbener Rechte und der Achtung für die ältern Gesetze und verfügt daher, daß durch das Edikt keine Aenderung für die Fälle gemacht sein soll, wo ein unbestreitbarer Rechtstitel, ein unzweideutiges Anerkenntniß oder verjährtes Baufaktum einen andern Bauherrn, oder einen andern Umfang der Baulast, oder eine andre Art der Leistung der Baupflicht laut sicherer hinlänglicher Beweise bisher bestimmt hat. Er setzt aber ausdrücklich fest, daß alles Streitige lediglich nach den Regeln des Edikts bemessen werden müsse."

„Es müssen also die Gründe für das angesprochene Recht schon vor Erlassung des Bauedikts existirt haben; dann müßte aber die Klage auf diese, außer dem Edikt liegenden Gründe gebaut werden, und solche sind außer der schon verworfenen Verjährung nicht geltend gemacht."

„Wenn auch durch ein verjährtes Baufaktum der Umfang der Baulast anders bestimmt sein kann, als im Bauedikt, so kann hier unter dem Umfang der Baulast nicht jede beliebige Ausdehnung der Baupflicht auf Verwendungen für die Pfarrdotation, wozu das Pfarrwiddum gehört, verstanden werden. Der Umfang der Baulast bleibt immer auf seinen eigentlichen Gegenstand, auf Gebäude beschränkt, und nur hinsichtlich des Umfanges dieser Gebäude und der Theile derselben können Abweichungen von der Bestimmung des Bauedikts (z. B. im Art. 11, 12, 13, 195) durch ein verjährtes Baufaktum eintreten."

„Nur diesen Sinn kann man dem Art. 31 geben, wenn

Digitized by Google

man nicht den Grundsatz verlassen will, daß das ganze Edikt strenge auszulegen, also möglichst zu beschränken ist."

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 406 und §. 169 der Prozeßordnung wegen der Prozeßkosten mußte wie geschehen erkannt werden." *) Y.

II.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Eine gewöhnliche Ziegelbrennerei ist keine Fabrik, das Geschäft kein Handelsgeschäft. — Bedeutung des S. 1859 und des S. 1863. — Das Zugeständniß eines Geschäftsführers, für den der Geschäftsherr haftet, ist auch gegen den Letztern maßgebend. Adzitation des Geschäftsführers und Eideszuschiebung an denselben.

(Gelbert gegen Roth).

Die Brüder Johann Roth von Wöschbach und Joseph Roth von Jöhlingen besitzen in Rheinsheim eine Ziegelbrennerei, welche sie gemeinschaftlich betrieben haben.

Im Frühjahr 1840 bestellte Joseph Roth bei Franz Gelbert in Kaiserslautern Steinkohlen für die gemeinschaftliche Ziegelbrennerei.

Der letztere lieferte, wie er behauptet, vom 27. Februar bis 1. May 1840 785 Centner à 43 kr., was 562 fl. 35 kr. ausmacht. Da er nicht zur Zahlung gelangen konnte, so erhob er gegen beide Brüder eine Klage worin er den erwähnten Verkauf anführte und bemerkte, daß er nur für 60 fl. Kartoffeln auf Abrechnung erhalten, folglich noch 502 fl. 35 kr. zu fordern habe, daß zwar Joseph Roth die Steinkohlen in Empfang genommen, Johann Roth aber unterm 22. März 1840 sich urkundlich dafür verbürgt habe, daß übrigens hier ein Handelsgeschäft vorliege, wobei die beiden Gesellschafter schon Kraft Gesetzes (Anh. Satz 22) sammtverbindlich seyen. Da nicht auf Kredit gehandelt wurde, so seyen vom Verfalltage an und zwar spätestens vom 1. Mai 1840, als vom Tage der letzten Lieferung, Zinse zu 6% zu bezahlen.

Der Kläger bat hiernach um Verurtheilung der beiden Brüder Johann und Joseph Roth zur sammtverbindlichen Zahlung der 502 fl. 35 kr. nebst 6% Zins vom 1. Mai 1840 an.

Das Amt erkannte gegen beide Beklagte Ladung, und da Joseph Roth nicht erschien, so wurde gegen ihn ein dem Klagantrag entsprechendes Versäumungs-Erkenntniß erlassen, sofort gegen Johann Roth, der sich auf die Klage vernehmen ließ, das Verfahren fortgesetzt.

Johann Roth erklärte nämlich: es sey richtig, daß er mit seinem Bruder die Ziegelbrennerei in Rheinsheim gemeinschaftlich betreibe. Er habe mit dem Kläger nicht verkehrt, sein Bruder Joseph Roth habe ihm aber eröffnet, daß er im Frühjahr 1840 vom Kläger Steinkohlen empfangen habe. Er, Johann Roth, wisse aber nicht wieviel und nicht um welchen Preis. — Joseph Roth habe ihm eröffnet, daß der Kläger von ihm, Johann Roth, ein Vermögenszeugniß verlange, welches er ihm auch verschafft habe.

Von einer Urkunde, worin er sich für den Bruder sammtverbindlich verbürgt habe, wisse er nichts. Ueber diese Bürgschaftsleistung des Mitbeklagten Johann Roth legte daher das Bez.-Amt dem Kläger den Beweis auf, und ebenso über das Quantum und den bedungenen Preis der gelieferten Steinkohlen. Der Kläger übergab zum Beweis der übernommenen Sammtverbindlichkeit sowohl das Vermögenszeugniß, welches Johann Roth durch seinen Bruder ihm zustellen ließ, als auch ein von Johann Roth unterschriebenes Protokoll des Bürgermeister-Amts Jöhlingen vom 22. März 1840, worin erklärt ist, daß er, Johann Roth, sich zum Behuf des Ankaufs von Steinkohlen zur Ziegelhütte in Rheinsheim sich mit seinem Bruder solidarisch verbinde; daß er sich nämlich für seinen Bruder, Joseph Roth, als Mittheilhaber an der Ziegelhütte verbürge.

Johann Roth anerkannte die Aechtheit seiner unter diesem Protokoll befindlichen Unterschrift.

Wegen des bedungenen Preises der Steinkohlen schob der Kläger dem Joseph Roth, den er nach §. 118 der Prozeßordnung zum Streit beizuladen bat, den Wahrheits-Eid und eventuell dem Johann Roth den Nichtswissenheits-Eid zu.

Wegen des gelieferten Quantums legte der Kläger eine Anzahl Empfangscheine vor, welche Joseph Roth jeweils den Fuhrleuten ausgestellt habe. Eventuell wurde auch hiee dem beizuladenden Joseph Roth und dem Johann Roth der Eid zugeschoben.

Das Bezirks-Amt adcitirte den Joseph Roth nach Maaßgabe des §. 118 der Prozeßordnung, indem es ihm die klägerische Beweisantretung zur Erklärung bei Vermeidung des Ausschlusses mittheilte.

In einer Eingabe vom 1. April 1841 erklärte Joseph Roth hierauf ganz einfach, daß die kläger'sche Forderung vollkommen richtig sey.

Das Bezirks-Amt verurtheilte hierauf den Johann Roth ebenfalls nach dem Klagantrage.

Johann Roth ergriff die Appellation und da er in erstee Instanz neben dem, was oben bereits angegeben ist, auch noch einwendete, nach einer von seinem Bruder ihm gemachten Eröffnung sey eine einjährige Zahlungsfrist bedungen worden, und da ee dem Kläger hierüber den Eid zuschob, so stellte er eine eventuelle Beschwerde dahin auf, daß der Kläger mit seiner Klage, so fern er jenen Eid nicht schwöre, wenigstens zur Zeit hätte abgewiesen werden sollen.

In diesee letztern Beziehung erkannte das Hofgericht unterm 1. Februar 1842 auf den dem Kläger zugeschobenen Eid:

> „Es sey nicht wahr, daß für die Zahlung der von ihm an Joseph und Johann Roth gelieferten Steinkohlen, Termin in der Art bedungen wurde, daß sie von den einzelnen Lieferungen an, binnen Jahresfrist zu geschehen habe."

(*) Das hofgerichtliche Urtheil wurde unterm 7. September 1843 vom Oberhofgericht bestätigt.

Digitized by Google

Je nachdem der Kläger diesen Eid schwöre, oder nicht, soll das amtliche Erkenntniß bestätigt, oder der Kläger zur Zeit abgewiesen werden.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

Die Appellantischen Beschwerden erscheinen als grundlos; denn was

1) die solidarische Haftbarkeit anbelangt, so ist dieselbe vollständig erwiesen worden. Zwar ist der eine Grund, aus welchem sie der Kläger ableiten wollte, nämlich die Behauptung, die Ziegelbrennerei sei ein Handelsgeschäft und die Beklagten ständen deßwegen in einer Handelsgesellschaft, wo ein Gesellschafter für den Andern nach L. R. A. S. 22 sammtverbindlich sey, irrig, denn mit Recht hob Beklagter hervor, daß eine gewöhnliche Ziegelbrennerei, wo die Waare im Detail verkauft werde, kein Fabrikgeschäft sei. Offenbar fällt dieselbe unter den L. R. A. Z. S. 1 a, welcher besagt:

„Als Handelsgeschäft kann nicht angesehen werden der Verkauf des Handwerksmanns, so lange er nicht seine Waaren hauptsächlich auf den Absatz in ganzen Parthien (en gros) verarbeitet."

Diese Ausnahme hat der Kläger nicht behauptet und daß der Ankauf von Kohlen zur Feuerung einer Ziegelbrennerei nicht unter den Ankauf von Erzeugnissen und Waaren für den Wiederverkauf auf Gewinn gerechnet werden kann, ist klar. Denn die Steinkohlen verkauft der Ziegelbrenner nicht mehr, weder mit, noch ohne vorgängige Umarbeitung L. R. A. S. 1. Das gemeinschaftliche Geschäft der beiden Brüder Roth kann daher nur als Gesellschaft des gemeinen Rechts betrachtet werden, worin Joseph Roth nach Landrechtsatz 1859 ermächtigt war, Geschäfte mit verbindlicher Kraft für seinen Theilhaber zu besorgen, und dadurch Letztern gegen den Dritten, mit welchem er in Vertragsverhältnisse trat, zu verbinden, jedoch nicht solidarisch, sondern nur für seinen Kopftheil. Landrechtsatz 1863.

Allein im Beweisverfahren hat es sich herausgestellt, daß Beklagter Johann Roth mittelst ausdrücklichen Gedinges die solidarische Haftbarkeit für seinen Bruder übernahm. Er hat nämlich nicht allein, — was er in der Vernehmlassung zugestand, — ein Zeugniß vom 16. Februar 1840 über sein liegenschaftliches freies Vermögen ausstellen lassen, und seinem Bruder behufs der Uebergabe an den Kläger behändiget, sondern nicht läugnen können, daß er noch eine zweite Urkunde, in deren Besitz sich der Kläger befindet, unterschrieben habe. Diese Urkunde, ein Protokoll des Bürgermeisteramts Jöhlingen vom 22. März 1840 bezeugt, Johann Roth habe vorgetragen:

„Behufs dem Ankauf der Steinkohlen zu unserer Ziegelhütte in Rheinsheim, verbinden wir uns solidarisch, daß einer für den andern haftet, nämlich, daß ich mich für meinen Bruder Joseph Roth als Mittheilhaber an dieser Ziegelhütte verbürge, kraft dessen ich mich eigenhändig unterschreibe, und das Bürgermeister-Amt um Beglaubigung meiner Unterschrift, so wie Attestirung meiner obigen Erklärung bitte."

Wenn nun auch diese Urkunde nicht erwähnt, wem gegenüber Johann Roth die solidarische Bürgschaft für seinen Bruder übernehme, sondern nur besagt, die Solidarität werde zum Ankauf der Steinkohlen zu der Ziegelei übernommen, so kann die Folge hievon nicht die sein, daß die Urkunde zum Besten des Klägers nicht benutzt werden könne, vielmehr mußte sich der Aussteller einen jeden Gläubiger gefallen lassen, von welchem sein Bruder die Steinkohlen zu kaufen für gut fand, und dem er die Haftbarkeits-Urkunde zur Deckung übergab. Beides geschah an den Kläger, folglich konnte dieser mit Recht von der in der Urkunde unbeschränkten Ermächtigung und Verbindlichkeit Gebrauch machen.

Joseph Roth hat nun den ganzen Inhalt der Klage zugestanden, und es ist daher ausgemacht, daß es der Kläger war, von welchem die Steinkohlen bezogen, und dem die Urkunde nebst dem Vermögenszeugniß zu seiner Sicherheit eingehändigt wurden. — Uebrigens mußte Johann Roth wohl wissen, daß der Kläger es war, welcher die Kohlen lieferte, denn er gesteht zu, daß Joseph Roth ihm eröffnet habe, der Kläger verlange das Zeugniß, der Kläger solle die Steinkohlen liefern, und später, er habe wirklich geliefert.

2) Ist es hiernach rechtlich gewiß, daß Beklagter, Johann Roth, sich für seinen Theilhaber Joseph Roth, in Bezug auf den Ankauf von Steinkohlen zu der gemeinschaftlichen Ziegelbrennerei, ohne alle Beschränkung auf eine gewisse Zeit und Summe solidarisch verbürgte, so muß er für die Quantität, die sein Bruder zu jenem Zweck wirklich bezog, und für den Preis, den dieser verabredete, als Sammtschuldner einstehen. Joseph Roth hat nun das vom Kläger eingeklagte Quantum und den Preis von 43 kr. p. Centner als richtig zugestanden, mithin ist auch Johann Roth hiefür haftbar. Denn es liegt gerade in der rechtlichen Natur der Sammtverbindlichkeit, daß die Verträge, die darüber sprechenden Urkunden, mithin auch die Anerkenntnisse und Geständnisse des einen Sammtschuldners, insofern sie auf den Kreis der solidarischen Verbindlichkeit sich beschränken, für den andern Sammtschuldner ebenfalls gelten.

3) Die Verurtheilung zur Entrichtung von 5% Verzugszinsen vom Tage der Behändigung der Klage ist — nach Landrechtsatz 1153. 1907 — für den Beklagten so wenig beschwerend, wie die Verfällung in ⅔ der Prozeßkosten. P. O. §. 170.

Es mußte daher in allen diesen Punkten der unterrichterliche Rechtsbescheid bestätiget werden. Da jedoch der Beklagte die Einrede der zur Zeit unstatthaften Klage vorgeschützt, und auf die Behauptung, daß der Kläger dem Joseph Roth eine einjährige Zahlungsfrist von der Zeit der einzelnen Kohlenlieferungen an gestattet habe, gegründet hatte, und diese Einrede — nach dem oben angewendeten Prinzip — ebenso dem Johann Roth zu statten kommen muß, — von dem Kläger aber beabredet, und Beklagtem der Haupteid zugeschoben wurde: so mußte darauf erkannt, und der Ausgang des Streites hievon abhängig gemacht werden. Landrechtsatz 1208.

B.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 43. Karlsruhe den 28. Oktober 1843.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

1) Ueber „Vorstände" und „Anhänge" im Kanton Zürich.

2) Ueber das Retentionsrecht für den Kaufschilling wegen auf dem Kaufsgegenstand haftender Pfandlasten.

3) Ueber das Retentionsrecht mit dem Kaufschilling wegen nicht vollständig geschehener Uebergabe des Kaufobjekts.

(Fenner gegen Baschnagel.)

Die Gebrüder Baschnagel et Comp. in Thiengen kauften am 2. Juni 1840 von Heinrich Fenner in Zürich das dortige Tafernwirthshaus zur Krone, nebst zugehörigen Gebäuden und einer Anzahl Aecker, Wiesen und Waldstücke, um die Summe von 40,000 fl.

Es ist im Kaufvertrag bedungen:

„Dreitausend Gulden an Baar mit Antritt des Kaufs, von der restirenden Summe von 37000 fl. kann Zweidrittheil mit 24664 fl. versichert und zu 4% verzinslich stehen bleiben und ein Drittel mit 12336 fl. soll in drei gleichen Zahlungen auf Martini 1840, 1841 und 1842 bezahlt werden. Für diesen unversicherten Drittheil soll annehmbare Real- oder Personalkaution geleistet werden, bis diese Kaufrestanz sammt betreffendem Zins abbezahlt ist."

Eine andere Stelle des Kaufvertrags lautet:

„Der Verkäufer soll verpflichtet sein, wenn die auf dem Heimwesen versicherten $^2/_3$ der Kaufsumme bezahlt werden wollen, dieselbe gegen eine vorhergegangene halbjährige Aufkündigung anzunehmen. Zur Entrichtung kann Käufer vom Verkäufer verlangen und soll Letzterer verpflichtet sein, die zwei Grund versicherten Drittel in verschiedenen Terminen die Zahlungen anzunehmen, jedoch sollen die Termine 4 nicht übersteigen und nach Verfluß von 4 Jahren, vom Tag der Aufkündung an gerechnet, die Zahlungen entrichtet werden und sodann jedem einzelnen Käufer sein Stück frei und ledig gegeben werden."

Außer den oben erwähnten Liegenschaften wurden auch noch Fahrnisse mit in den Kauf gegeben, die diesfallsige Stelle des Kaufvertrags lautet folgendermaßen:

„Zu diesem Kauf sollen noch ferner gehören alle und jede Fahrhabe, die Verkäufer dato eigenthümlich auf der Forch besitzt und bis anhin zur Betreibung der verschiedenen Gewerbe benutzt worden sind."

„Davon behält sich der Verkäufer vor — allen Wein, die Fässer im Waschhauskeller, und diejenigen im Schnabenkeller, alles vorhandene Vieh, nasse und trockene Früchte, alles Korn, Waizen, Haber, Gerste, Branntwein, Most, gedörrtes Obst, Fleisch und Fett, 4 Betten, ein Schreibepult, 4 Duzend Paar Messer und Gabeln, eine Comode, welche sämmtliche Gegenstände der Verkäufer sich auswählen kann."

„Ferner behält sich Verkäufer vor alles Weiszeug als Bett- und Tischzeug, alles Silbergeschirr, das Clavier, ein Rennschlitten, eine Chaise, alles vorhandene Band-, Brenn- und Faßholz, welches in und um die Gebäude liegt, das Reitzeug, als alle Sättel und Zäume und das schönste Chaisengeschirr."

Am 6. April 1841 erhob nun der Verkäufer Heinrich Fenner gegen die Käufer Gebr. Baschnagel eine Klage bei dem Bezirksamt Waldshut, worin er vortrug, daß die Letztern bis dahin nur die nach dem Vertrag baar

Digitized by Google

zu erlegenden 3000 fl. bezahlt hätten, daß von den weitern 37,000 fl. ein Drittel mit 12336 fl. in drei gleichen Terminen auf Martini 1840, 1841 und 1842 zu bezahlen seien, daß aber an dem ersten Termin von 4112 fl. nur am 14. Dezember 1840 abschlägig 539 fl. 12 Sch. bezahlt worden seien, weshalb er bitte, die Gebr. Baschnagel für schuldig zu erkläeen, von dem verfallenen ersten Termine die noch rückständigen 3572 fl. 28 Sch. sammt Zinsen vom 1. Juli 1840 an zu bezahlen.

Die Beklagten anerkannten den Kauf und wendeten nur ein, daß sie weitere 1550 fl. bezahlt hätten, worauf der Kläger seine Klagbegehren auf die nach Abzug von 1550 fl. noch übrigen 2022 fl. 28 Sch. nebst Zinsen vom 1. Juli 1840 an beschränkte, und das Bezirksamt Waldshut am 26. Februar 1842 zu Recht erkannte:

„Die Beklagten seien schuldig, von der eingeklagten Forderung von 3572 fl. 28 Sch. Kaufschillingstermin den Rest mit 2022 fl. 28 Sch. nebst 4% Zinsen von 12,336 fl. vom 1. Juli 1840 an binnen 14 Tagen bei Vermeidung des Gerichtszugriffes an den Kläger zu bezahlen, und haben dieselben die Kosten des Streites zu tragen, dagegen sei der Kläger mit der Mehrforderung von 1550 fl. abzuweisen."

Hiegegen ergriffen die Beklagten die Appellation und in ihrer Beschwerdeschrift vom 20. April 1842 ist unter der Rubrik „neue Thatsachen" folgendes vorgetragen:

„Da der aufgestellte Anwalt erster Instanz, obschon ihm die gehörige Instruktion ertheilt worden war, die der Klage entgegenstehenden Einreden nicht voegetragen hat, so sind die Appellanten genöthigt, nach §. 1170 der Prozeßordnung, ihre Vertheidigungsmittel in 2ter Instanz voezutragen."

„Der Landrechtsatz 1653 gibt dem Käufer das Recht, mit der Zahlung des Kaufpreises zurückzuhalten, wenn er mit einer Pfand- oder Zueignungsklage bedroht ist."

„Auf diese Gesetzstelle gestützt, wird der Klage einredend folgendes entgegengehalten:"

„Zugegeben wird, daß die Beklagten von dem Kläger unterm 2. resp. 9. Juli 1840 dessen Tafernwirthshaus zur Krone nebst den weiter in der Klagbeilage verzeichneten Liegenschaften und dem Fahrnißvermögen des Klägers, mit Ausnahme der im Kaufbriefe speziell verzeichneten Fahrnisse, für den Preis von 40,000 fl., in denjenigen Terminen zahlbar, gekauft haben, wie sie in der Klage angeführt sind, allein nach dem Originalverkaufs-Vertrage vom 2. Juni 1840 hafteten auf dem Kaufobjekte keine Pfandschulden, d. h. der Verkäufer hat keine Pfandschulden angegeben, dieselben also verheimlicht, während doch nur unter der Voraussetzung, daß keine Pfandschulden vorhanden seien, die Käufer dem Verkäufer die Zahlung auf die im Kaufbriefe genannte Weise versprochen haben."

„Nach der Kaufsausfertigung, wie solche der Klagschrift in legalisirter Abschrift beigeschlossen wurde, haften auf dem Kaufobjekte folgende Pfandschulden:

	fl.	kr.
1. Auf den Gütern, welche zum Haus getheilt	200.	—
2. An Waradin Ziegler	400.	—
3. Hauptmann Reikle	525.	—
4. Amtmann Laffatter	225.	—
5. Säcklermeister Weber	400.	—
6. Schultheiß in Wangen	13.	30
7. Dem Almosenamt in Zürich	800.	—
8. Landvogt Lafatter von da	200.	—
9. Gerichtshof in Mauer	50.	—
10. Amtmann Huber	300.	—
11. Vögeli Schulthes	500.	—
12. Hauptmann Pauer	1360.	—
13. Rathsherr Maier	500.	—
14. Examinator Hottinger	600.	—
15. Freud Weiler	150.	—
16. Amtmann Fueßlin	200.	—
17. Pfarrer Gukers Erben	1900.	—
18. Dem Studentenamt	100.	—
19. Brunners Erben	250.	—
20. Altfriedensrichter Blailer	600.	—
21. Postdirektor Orels Erben	500.	—
22. Herr Schulthes	500.	—
23. Herr Mais	50.	—
24. Dem Staat	1992.	—
25. Dem Pfanner Jacob	300.	—
26. Hottingers Erben	150.	—
27. Heinrich Frennee	500.	—
28. Jungfer Rahm	400.	—
29. Herr Maier in Regensburg und Schulthes	1360.	—
30. Rathsherr Maier	500.	—
Zusammen	15525.	30

Digitized by Google

und die Beklagten sind also mit Pfandschulden bedroht, daher auch berechtigt, mit der Zahlung des Kaufpreises zurückzuhalten."

„Bei der Protocollirung des Kaufvertrags waren die Beklagten nicht gegenwärtig, sie erhielten erst durch die Zufertigungen des Eintrags Kenntniß von diesen Pfandschulden."

„Die Summe dieser Pfandschulden mit Hinzurechnung dessen, was die Beklagten seither abbezahlt haben, beträgt aber weit mehr, als ihre bisher verfallene Schuldigkeit."

„Nachdem es den Käufern zusteht, 24,664 fl. auf dem Kaufobjekte stehen zu lassen, während natürlich die Pfandgläubiger nicht schuldig sind, mit der Zahlung zuzuwarten, bis den Käufern solche gefällig ist, so ist durch die vom Kläger selbst zur Begründung seiner Klage angeführte Urkunde die vorgetragene Einrede der Beklagten begründet und bewiesen."

„Zum Beweise dagegen, daß im Originalkaufvertrage die Pfandlasten verschwiegen wurden, wird beweisanticipirend eine Abschrift des Originalkaufvertrages vom 2. resp. 9. Juni 1842 beigeschlossen."

„Als weitere Einrede machen die Beklagten geltend, daß der Kläger seiner Seits den Vertrag noch gar nicht erfüllt hat, indem er namentlich die verkauften Fahrnisse den Beklagten noch nicht alle übergab."

„Unter den Fahrnissen des Klägers sind folgende enthalten, welche der Kläger den Beklagten noch nicht übergeben hat:

	fl.	kr.
1. Die Bibliothek, bestehend in 500 Bänden	500.	—
2. Ein ganz neuer Atlas über Europa . .	18.	—
3. Ein Schrotstutzer	27.	—
4. Eine Violine	12.	—
5. Ein Hirschfänger	6.	—
6. Ein neuer seidener Regenschirm . . .	8.	—
7. Ein Metallmörser	12.	—
8. Ein ganz neues messingenes Hausthürschloß	10.	—
9. Eines der feinsten Perspective	110.	—
10. Ein Füllrohr zum Weinauffüllen . . .	2.	—
11. Ein Ablaßhahnen	16.	—
12. Ein Landzug oder Kutten	20.	—
Zu übertragen . .	741.	—
Uebertrag . . .	741.	—
13. Eine Spaltsäge	3.	—
14. Ein Mörser	6.	—
15. Feuerassekuranz bis zum Juli 1840 nebst Kosten dessen, und Viertelsaufbesserung wegen späterer Bezahlung vom 12. Januar 1840 an, von 30 fl. 8 Sch. und als Viertelsaufbesserung mit 7 fl. 22 Sch. Kosten, also die Hälfte mit	19.	48
16. An baarem Gelde circa	1000.	—
17. Sämmtliche Kleidungsstücke	500.	—
Zusammen . .	2269.	48

„Da nun nach den Kaufsbedingungen und den Bestimmungen unseres Landrechts der Verkäufer schuldig wäre, vorerst das Kaufobjekt vollständig zu überliefern, ehe er die jetzt geforderte Zahlung verlangen kann, so ist die Forderung rechtlich nicht begründet."

In der Appellations-Vernehmlassung erklärte hierauf der Kläger, Heinrich Fenner, folgendes:

„Es ist unwahr, daß der Kläger Schulden verheimlicht oder verschwiegen hat, die auf dem Kaufobjekte haften. So richtig es auf der einen Seite ist, daß nach der Kaufsausfertigung die im Appellationslibell unter 1—30 einschließlich aufgeführten Schulden — deren Gesammtbetrag übrigens nur in 15,525 fl. 30 kr., und nicht in 16,525 fl. 30 kr. besteht — haften, so unwahr ist auf der andern Seite, daß diese Schulden Pfandschulden im Sinne unseres Rechts sind, wodurch die Beklagten gefährdet werden. Wenn appellantischer Seits behauptet wird, daß die Käufer dem Verkäufer die Zahlung auf die im Kaufbrief angegebene Weise nur unter der Voraussetzung versprochen haben, daß keine Schulden auf den Kaufsgegenständen haften, so ist dies ebenso unwahr, als wenn sie behaupten, daß sie bei der Protokollirung des Kaufs nicht gegenwärtig gewesen, und erst durch die Zufertigung des Eintrags Kenntniß von fraglichen Schulden erhalten hätten. Der dritte Gegenbeweis hievon liegt in der Sub Litt. B und C im Original angeschlossenen Urkunden."

„Die Hauptsache aber ist, daß der Landrechtssatz 1653 auf den vorliegenden Fall gar nicht angewendet werden

Digitized by Google

kann, und wenn auch alle Thatsachen, die von der andern Seite als nova vorgetragen sind, wahr wären."

„Der allegirte Landrechtssatz gibt dem Käufer das Recht, den Kaufschilling zu retiniren, nur dann, wenn er mit Pfand- oder mit Eigenthumsklagen angegriffen oder bedroht wird, und nur so lange, bis der Verkäufer die Störung beseitigt, oder dagegen Sicherheit geleistet hat. Die Beklagten haben aber nicht einmal behauptet, viel weniger bewiesen, daß ein Angriff, ein Drohen mit Klagen der angegebenen Art, oder eine Störung schon stattgefunden habe, und ebensowenig haben sie verlangt, daß ihnen der Kläger Sicherheit leiste. Das bloße Vorhandensein von Schulden — mehr wurde bis jetzt nicht behauptet — kann einem Angriff, einem Drohen mit Klagen niemals gleichgestellt werden. Zudem haben die Gegner Sicherheit genug, indem noch zwei Termine restiren, und 24,664 fl., also mehr, als die angeblichen Pfandschulden ausmachen, auf dem Kaufobjekte stehen bleiben."

„Der ersten Einrede, der Einrede der Verheimlichung der Schulden, setze ich eventuell und mit Bezeichnung auf das schon Gesagte entgegen:

1) die Replik (N), daß auf den verkauften Grundstücken keine die Käufer gefährdenden Lasten resp. Pfandschulden haften, und daß die darauf haftenden Schulden ganz anderer Art sind. Um diese Behauptung zu verstehen und zu würdigen, muß man das Hypothekenwesen des Kantons Zürich, und namentlich den Unterschied zwischen sogenannten „Vorständen" und „Anhängen", wie sie in dortiger Rechtssprache genannt werden, kennen."

„Vorstände sind diejenigen versicherten Schulden, welche auf einem Immobile haften, und für welche dasselbe im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unbedingt als Pfand haftet. Der jeweilige Besitzer des Grundstücks ist auch jeweiliger Schuldner des „Vorstandes", und hat die Zinspflicht auf sich. Solche Schuldner hafteten zur Zeit des hier in Rede stehenden Kaufs nicht auf den Vertragsobjekten, wie aus dem bei den Akten befindlichen Kaufbriefe hervorgeht."

„Ganz anders verhält es sich mit den sogenannten „Anhängen." Diese, in früherer Zeit entstanden, wo das Hypothekenwesen des Cantons Zürich noch in großer Unordnung war, sind Schulden, die früher auf ein Grundstück versichert wurden, und hinsichtlich welcher der jetzige Besitzer des Grundstücks weder die Pflicht der Verzeichnung, noch die Verbindlichkeit der Abzahlung hat, weil entweder — und dies ist am häufigsten der Fall — diese Schuldverhältnisse längst untergegangen sind, ohne daß die Art und Weise des Untergangs, oder auch nur dieser in den Liegenschaftsprotokollen angezeigt, oder weil die nicht getilgte Schuld auf ein anderes Grundstück versichert, und so auf einen andern Schuldner überbunden wurde. Nachstehendes Beispiel dürfte die Sache ganz klar machen."

„A. besaß vor 100 Jahren mehrere Grundstücke, die sämmtlich seit längerer Zeit für eine Schuld von 1000 fl. verpfändet waren. Er verkaufte in der Folge diese Grundstücke an B. und C. Dem B. überbindet er jene 1000 fl. mit der Bedingung, daß er allein Debitor derselben sein und nur seine, des B., erkauften Liegenschaften verpfändet bleiben sollen. Von dieser Abänderung aber vergaß man dem Notar des Kreises, der die Liegenschaftsprotokolle führt, die gehörige Anzeige zu machen. Später will C. seine von A. gekauften Liegenschaften ebenfalls verpfänden. In die hierüber auszufertigende Urkunde müssen nun jene 1000 fl. aufgenommen werden, allein da A. diese Summe weder zu verzinsen noch abzuzahlen hat, so wird derselbe nicht als „Vorstand", sondern als „Anhang" erwähnt. Ganz dasselbe wäre der Fall, wenn A. die 1000 fl. bezahlt hätte, ohne dem Notar davon die Anzeige zu machen. Wenn nämlich später dieselben Grundstücke verpfändet werden sollen, so muß jener 1000 fl. in der neuen Pfandurkunde Erwähnung geschehen, aber nicht als „Vorstand", sondern nur als „Anhang", weil der Notar verpflichtet ist alle „Verschreibungen" eines Grundstücks, die im Protokoll nicht entkräftet sind, in der Pfandverschreibung zu bemerken."

„Zu diesen „Anhängen" nun gehören die angeblich verheimlichten Pfandschulden, von denen nicht das Geringste zu fürchten ist. Von 100 Jauchert Grundstücken im Kanton Zürich sind wenigstens 80 mit solchen „Anhängen" belastet, und noch Niemanden ist es eingefallen, ihren Betrag im Falle eines Kaufs am Kaufschilling abzuziehen, oder diesen zu retiniren. Auch gestatten die Gesetze des Kantons Zürich, die, da der fragliche Kauf dort, und nicht hierlands abgeschlossen wurde, maaßgebend sind, ihretwegen kein solches Retentionsrecht.

Digitized by Google

Wie ungefährlich solche Anhänge sind, beweist auch der Umstand, daß auf vielen Grundstücken, die kaum einige 100 fl. werth sind, Anhänge von mehreren 1000 fl. haften, was daher rührt, daß früher zwar reelle Ausscheidungen der Schuld- und Pfandverhältnisse Statt fanden, dieselben aber in den Notariatsprotokollen nicht vorbemerkt wurden."

„Die Appellanten, welche die gekauften Liegenschaften jetzt schon zwei Jahre besitzen, werden nicht sagen können, daß auch nur einer der im Libell aufgeführten Posten oder der Zins eines solchen von ihnen gerichtlich oder außergerichtlich gefordert wurde. Ja sie selber haben fast sämmtliche vom Kläger erkaufte Güter wieder weiter veräußert, und ihre Käufer nehmen keinen Anstand, ihnen den Kaufschilling zu entrichten. Insoweit sie die gekauften Liegenschaften nicht mehr besitzen, können sie auch mit Pfandklagen nicht belangt werden."

„2) Die Replik, daß den Appellanten die sämmtlichen „Anhänge" rechtzeitig, d. h. vor Abschluß des Kaufs, und namentlich vor und bei Protokollirung desselben bekannt gemacht wurden, und daß sie somit auf alle daher etwa abzuleitenden Einreden verzichtet haben. Den Verzicht wird mein Prinzipal, die Behauptung aber — die wiederholt in Abrede gestellt wird — daß nämlich die Appellanten die fraglichen Schulden nicht gekannt hätten, und daß ihnen solche verschwiegen worden wären, werden die Beklagten (?) zu beweisen haben. Es ist zwar richtig, daß in dem schriftlichen Kaufvertrag, den die Kontrahenten am 2. und 9. Juni unterzeichneten, jener Anhänge keine ausdrückliche Erwähnung geschah, allein es ist ebenso richtig, daß sie dieselben demungeachtet kannten, und nachher noch Gelegenheit genug hatten, Anstände und Einwendungen spätestens bei Herausgabe der über die Kaufsumme gefertigten Schuldurkunde an den Verkäufer und der Protokollirung des Kaufs in den Notariatsprotokollen, der sie persönlich anwohnten, vorzubringen. Das Abschließen des Kaufs ist im Kanton Zürich nur in präparatorischer Art, die Eigenthumsübertragung geschieht erst durch die Protokollirung des Geschäfts in den Notariatsprotokollen. Hätten sich hiebei oder bei Auslieferung der Schuldurkunde Anstände erhoben, so hätte der Notar die Protokollirung nicht vornehmen dürfen, bis sie beseitigt gewesen wären."

„Der Beweis der ersten und zweiten Einrede trete ich anticipirend mit den unter litt. B. und C. im Original angeschlossenen öffentlichen Urkunden an. Sie zeigen insbesondere, daß die Appellanten Kenntniß von den, auf den erkauften Gütern haftenden Schulden hatten, und daß nur mit Einstimmung derselben die über die Kaufsumme gefertigte Schuldurkunde, auf welche die klägerische Forderung basirt ist, übergeben werden konnte. Damals war es an der Zeit, Beklagter Seits Einwendungen zu machen, wenn überhaupt Grund zu solchen vorhanden war, jetzt ist es zu spät. Durch die frühere Unterlassung derselben wurde auf die spätere Vorschützung verzichtet. Ja ein solcher Verzicht ergibt sich schon daraus, daß die Käufer, wie gesagt, den größten Theil der erkauften Liegenschaften wieder weiter verkauften, und selbst seit Anhebung des Processes bedeutende Zahlungen gemacht haben."

„3) Die Replik, daß die Beklagten aus dem Umstande, daß Schulden oder Anhänge auf dem Kaufobjekte haften, keine Einreden ableiten können, auch wenn ihnen diese unbekannt gewesen wären. Es hat der Kläger nicht nur dem Beklagten keine bestimmte Zusicherung in dieser Beziehung gegeben, sondern es wäre auch Pflicht der Letztern gewesen, sich über das Vertragsobjekt die gehörige Auskunft zu verschaffen. Durch Einsicht der Notariatsprotokolle hätten sie sehr leicht erfahren können, wie es mit demselben steht; daß sie dies nicht gethan haben, ist ihre eigene Schuld, deren Folgen sie tragen müssen."

„Was die zweite Einrede anlangt, so ist unwahr, daß der Kläger noch nicht alle verkauften Fahrnisse übergeben hat, und insbesondere, daß die von den Appellanten unter 1—17 aufgeführten Fahrnißstücke mitverkauft wurden, und noch nicht tradirt sind. Nach dem Kaufvertrage überließ der Kläger den Beklagten außer den Liegenschaften sämmtliche Fahrnisse, die ihm eigenthümlich gehörten, insofern sie:

a. nicht ausdrücklich ausgenommen, und

b. zur Betreibung der verschiedenen Gewerbe benützt worden sind."

„Nun bestreitet Kläger, daß er bei seinem Abzuge irgend einen Gegenstand mitgenommen habe, welcher nicht unter die beiden unter a und b angeführten Rubriken gestellt werden kann. Da die Uebergabe der Fahrnisse, die sich insgesammt in den Gebäulichkeiten befanden, in der Uebergabe der Letztern begriffen war, so ist

Digitized by Google

es Sache der Beklagten, zu erweisen, daß, und welche Fahrnisse Kläger bei seinem Abzuge unbefugter Weise mitgenommen hat, zumal dieser bestreitet, daß die sub 1—17 einschließlich aufgeführten Gegenstände je und besonders zur Zeit des Kaufs vorhanden waren. Es ist in der That unbegreiflich, wie die Gegner die Gegenstände unter 1, 2, 3, 4, 5, 6, 16 und 17 nach dem Kaufvertrage zu den erkauften Fahrnissen rechnen können."

(Wer wird z. B. 1000 fl. Geld verkaufen?!!)

„Es ist dies um so unbegreiflicher, als das verkaufte Gewerb in einer Wirthschaft mit bedeutender Oekonomie verbunden, nnd in einer Metzgerei bestand. Wie ist zum Betrieb eines solchen Gewerbes eine Bibliothek, eine Violine nöthig? Widersprochen wird endlich noch, daß die fragliche Bibliothek aus 500 Bänden bestand, und daß die angesprochenen Gegenstände den Werth hatten, den ihnen die Gegner beilegen."

„Da zugegeben wird, daß die oben berührten Schulden im Betrage 15,525 fl. 30 kr. im schriftlichen Vertrage vom 2. und 9. Juni 1840 nicht vorkommen, so kommt auf die vom Gegner angerufenen Urkunden nichts mehr an. Uebrigens werden dieselben als das anerkannt, wofür sie ausgegeben sind. Daraus aber, daß sie von den oft gedachten Schulden schweigen, folgt nicht, daß nicht demungeachtet von ihnen die Rede war. Die Gegner machen den unrichtigen Schluß: was nicht in der Vertragsurkunde steht, ist uns unbekannt gewesen."

„Würden die Beklagten wider alles Verhoffen in dieser Instanz obsiegen, so müßten sie doch nach §. 1222 der Proceßordnung alle Kosten des Appellationsverfahrens tragen."

Dieser Appellationsvernehmlassung wurden zwei Zeugnisse der Kanzlei des Notariatskreises Greifensee vom 14. Mai 1842 und der Notariatskanzlei Küßnacht und Erlenbach vom 15. des nämlichen Monats in Original beigelegt.

Das Erstere dieser beiden Zeugnisse lautet folgendermaaßen:

„Auf Verlangen wird hiedurch amtlich bezeugt:

1) daß unterm 18. Juli 1840 durch unterzeichnete Stelle, welche nach den Gesetzen des Kantons Zürich zur Uebertragung von Grundeigenthum in diesseitigem Notariatskreise einzig befugt ist, ein Kaufvertrag d d. 18. Juni gl. J. zwischen den Herrn Jakob Fenner von Maur als Verkäufer, und Gebrüder Baschnagel, Gantert und Comp. von Thiengen als Käufer, betreffend verschiedene Liegenschaften auf der Forch in der zum hiesigen Notariatskreise gehörenden Gemeinde Maur, in Gegenwart des Verkäufers und des Hrn. Franz Baschnagel, der von den übrigen Käufern gehörig bevollmächtigt war, gefertigt, sodann den anwesenden Kontrahenten wörtlich vorgelesen, und von ihnen als richtig abgefaßt bestätigt worden sei;"

„2) das der Kaufbrief (Eigenthumsübertragungsurkunde) als eine Abschrift des Protokolls mit diesem übereinstimme und in Letzterm die zwei sogenannten Anhänge von 125 fl. Landshauptmann Friesen sel. Erben und 1500 fl. als der Steigerbrief, welche beide Posten nicht von Herrn Fenner, folglich auch nicht von den Käufern, sondern von dritten Personen und auf andere Liegenschaften verzinset werden müssen, vorgemerkt und den Käufern angezeigt worden sein;"

„3) daß die meisten Grundstücke, die in erwähntem Kauf begriffen sind, und darunter auch die beiden, auf welchen dieser Anhang haftet, von den Hr. Baschnagel, Gantert und Comp. wieder veräußert worden seien."

Auf ähnliche Weise lautet das Zeugniß der Notaoiatskanzlei Küßnacht und Erlenbach hinsichtlich der in den dortigen Distrikten gelegenen Güter. Nur ist hier bemerkt, daß Baschnagel und Comp. alle diese an sich gebrachten Güter wieder verkauft haben, und die fraglichen Anhänge ebenso wieder in die Kaufbriefe der neuen Käufer aufgenommen worden seien.

Die Appellationsvernehmlassung wurde den Appellanten zur Gegenerklärung zugestellt.

In dem diesfallsigen Schriftsatze ihres Anwalts ist folgendes gesagt:

„Ich beharre auf der Behauptung, daß die fraglichen Schulden Pfandschulden im Sinne unseres Rechts sind, daß die Käufer den Verkäufern die Zahlung auf die im Kaufbrief angegebene Weise nur unter der Voraussetzung versprochen haben, daß keine Schulden auf den Kaufsgegenständen haften, und beharre ferner auf der Behauptung, daß die Beklagten bei der Protokollirung des Kaufs nicht anwesend waren."

„Die Beklagten haben lediglich dem Gewährgericht den Originalkaufsvertrag mit dem Bemerken übergeben, daß

Digitized by Google

solcher wörtlich protokollirt werden soll. — Dieses werden die Beklagten seiner Zeit beweisen."

„Der Landrechtsatz 1653 findet auf den vorliegenden Fall allerdings Anwendung, sobald es wahr ist, daß die in der Appellationsbeschwerde aufgeführten Pfandschulden auf den Kaufobjekten haften. Vergleiche Braner und Zach. zu S. 1653."

„Von dem Kläger Sicherheit wegen dieser Pfandschulden anzunehmen, sind die Beklagten nicht schuldig, sondern der Kläger kann diese Sicherheit nur anbieten."

„Zur Zerstörung der Repliken trage ich folgendes vor:

Ich gebe zu, daß nach dem Hypothekenwesen des Cantons Zürich zweierlei Pfandverschreibungen vorkommen, nämlich

a. sogenannte Vorstände,
b. sogenannte Anhänge;

und gebe auch als richtig zu, daß Vorstände versicherte Schulden sind, die auf einer Liegenschaft, für welche diese im Falle der Insolvenz des Schuldners, als Pfand hafte, in der Art ruhen, daß der Inhaber der Liegenschaft die Zinspflicht und Hauptschuldigkeit auf sich hat nnd daß solche Vorstände zur Zeit nicht auf den Liegenschaften ruhen, welche der Kläger an die Beklagten verkauft hat."

„Dagegen muß ich widersprechen, daß die sogenannten Anhänge Schulden sind, welche in früherer Zeit entstunden, wo das Hypothekenwesen des Cantons Zürich noch in größter Unordnung war, und daß solche Anhänge nur Schulden sind, die früher auf einem Grundstücke versichert wurden und hinsichtlich welcher der jetzige Besitzer des Grundstückes keinerlei Zahlungspflicht gegen den Forderungsberechtigten hat, weil entweder das Schuldverhältniß längst untergegangen ist, oder die nicht getilgte Schuld auf ein anderes Grundstück versichert nnd auf einen andern Schuldner überbundrn wurde."

„Das Beispiel, welches der appellatische Anwalt in seinem Einredevortrag anführt, ist nur theilweise richtig, aber auch, wie es angeführt wurde, beweisend gegen den Klägrr."

„Im Canton Zürich gilt, wie bei uns, der Grundsatz, daß der Schuldner durch einen einseitigen Act der Veräußerung der verpfändeten Liegenschaften das Pfandrecht des Gläubigers nicht schmälern darf, folglich auch nicht berechtigt ist, aus einer Pfandverschreibung einige Güterstücke zu verkaufen, den Gläubiger an diesen Käufer zu verweisen, und auf solche Art das Hypothekrecht des Gläubigers auf die übrigen Pfandobjekte aufzuheben."

„Die Art und Weise wie gerade in diesem Falle das Pfandrecht des Gläubigers gewahrt wird, bildet hauptsächlich den Begriff von Vorständen und Anhägen."

„A. besitzt 4 Güterstücke, jedes im Werthanschlag von 1000 fl., darauf haften 3000 fl. Schulden."

„A. verkauft diese 4 Grundstücke an den B., den C., den D. und den E., an jeden für 1000 fl. und verweist den Gläubiger X. mit 1000 fl. an B., mit 1000 fl. an C., und mit 1000 fl. an D."

„In diesem Falle werden nnn die Kaufbriefe so ausgefertigt:"

„B., C. und D. werden jeder mit 1000 fl. an den Gläubiger des A. verwiesen, E. bekömmt einen Anhang in seinem Kaufbrief mit 3000 fl, und er haftet vermöge dieses Anhangs für alles dasjenige, was B., C. und D an Kapital nnd Zinsen etwa nicht bezahlen können."

„Diese Art der Anhänge ist keine veraltete Form, man braucht nicht Beispiele von 100 Jahren anzuführen, sondern so wird die Sache heut zu Tage und bei jeder Eigenthumsverändrrung gehalten."

„Daß hiernach die sogenannten Anhänge nicht bedeutungslos sind, springt in die Augrn, denn wie oft kommt der Fall vor, daß der Käufer einer Liegenschaft den Kaufpreis nicht bezahlen kann; man denke hierbei noch an folgende Fälle:

a. an bedeutendes Sinken des Werthes der Güter;
b. an den Fall, da ein Gebände Gegenstand des Kaufs war, auf welches die Schuld überbunden wurde, wenn ein Brandunglück dazu kommt;
c. an den Untergang der Sache."

„In allen diesen Fällen kommt derjenige an die Reihe zum Zahlen, welcher den Anhang auf seinen gekauften Gütern hat."

„Solche Anhänge kommrn aber auch in anderer Weise vor: z. B. A. schuldet dem B. 1000 fl. und zur Sicherheit des B. setzt der E. seine Liegenschaften unterpfändlich ein, und verkauft solche nachher an den X."

„Hier werden dem X. die 1000 fl. ebenfalls nur als Anhang notirt und der A. ist nnd bleibt der eigentliche Schuldner, allein X. muß bezahlen, wenn A. nicht zahlen kann."

Digitized by Google

„Ohne mehrere Beispiele anzuführen glaube ich hinlänglich gezeigt zu haben, daß die sogenannten Anhänge eigentliche Pfandschulden sind, deren Vorhandensein den Käufer immerhin bedroht. Ich gebe zwar zu, daß in den Hypothekenbüchern noch viele Anhänge eingetragen sind, welche bedeutungslos geworden sind, weil die Schulden schon längst bezahlt sind, allein ich stelle in Abrede, daß dieser Fall vorliegend vorhanden sei, und es hat der Kläger auch nicht zu behaupten gewagt, daß er oder ein Dritter die noch eingetragenen Schulden schon bezahlt habe."

„In unsern Hypothekenbüchern kommen auch noch Pfandverschreibungen vor, die vielleicht längst hätten getilgt werden können, allein eben weil sie nicht getilgt sind, bedrohen sie den Besitzer der Liegenschaft."

„Der Käufer ist nicht im Stande, den Strich zu bewirken, weil er ja die Schulden nicht bezahlt hat, bezahlt er nun seinen Verkäufer, so liegt diesem am Streichen der Pfandeinträge ebenfalls nichts mehr, und der Käufer ist dann in der üblen Lage, keine freie Disposition über sein Eigenthum zu haben."

„Daß es im Canton Zürich noch Niemanden eingefallen sei, den Betrag der sogenannten Anhänge, im Falle eines Kaufs, am Kaufschillinge abzurechnen, wird zugegeben, denn wenigstens ist dieses den Beklagten noch nicht eingefallen; aber das Retentionsrecht sprechen die Beklagten an, und die Gesetze des Cantons Zürich geben auch ein solches Retentionsrecht. Daß die Ungefährlichkeit der Anhänge nicht daraus hervorgeht, weil manchmal Güterstücke einen dreimal größeren Anhang auf sich haben, als ihr Werth ist, habe ich in dem obigen Beispiele schon gezeigt, nach welchem der E., dessen gekauftes Grundstück 1000 fl. werth ist, einen Anhang von 3000 fl. hat. Es folgt daher aus der Größe des Anhangs in Vergleichung zu dem Werth des Grundstückes, auf welchem derselbe ruht, nicht die Ungefährlichkeit des Anhangs, sondern die größere Gefährlichkeit, weil man annehmen kann, daß, jemehr Schuldner vorhanden sind, welche zunächst zahlungspflichtig sind, desto eher der Fall eintritt, daß einer derselben zahlungsunfähig wird."

„Allerdings können die Appellanten sagen, daß sie schon wegen eines Anhanges gerichtlich belangt sind, und zwar wegen des Grundstückes sub N. 19, wegen der Schuldforderung des Altfriedensrichters Blailer in Küßnacht. Schuldner dieser 250 fl. ist zunächst Heinrich Mailli in Zunikon, Cantons Zürich, dieser ist in Gant gerathen und dadurch das Grundstück, auf welchem der Anhang von 250 fl. haftet, in Zug gekommen."

„Dieser Ausdruck bezeichnet folgendes Rechtsverhältniß:"

„Das Recht des Creditors, welcher eine Pfandurkunde hat, wird, wie das obige Beispiel zeigt, dadurch, daß der Schuldner die Pfand-Objekte an Einzelne verkauft und einigen derselben die Schuld überbindet (d. h. einige derselben zur Zahlung der Pfandschuld anweist), nicht verringert, weil ihm die Pfandobjekts-Besitzer vermöge des Anhangs tenent bleiben. Kommt nun einer derjenigen Käufer, welchem die Pfandschuld ganz oder theilweise überbunden wurde, in den Concurs, so macht der Pfandgläubiger in der Gant sein Pfandrecht gerade so geltend, als wenn nichts geschehen wäre, und zieht, wenn er nicht überschlagen wird, alle ihm verpfändeten Grundstücke, gleichviel wer dieselben inne hat, an sich."

„Der Inhaber aber, welcher den Zug nicht gestatten will, hat keine andere Wahl, als den Creditor zu bezahlen, und an seiner Statt zu ziehen, und diese Lage des Pfandinhabers heißt Geschreiung, der Pfandinhaber selbst ist der Geschreite."

„Wenn daher in dem Falle des obigen Beispiels der B., C. oder D. in Gant geriethe, so würde X. seine Forderung anmelden und das Unterpfandsrecht auf alle 4 Grundstücke ansprechen, welche der A. an den B., C., D. und E. verkaufte, und wenn E., der das Grundstück gekauft hat, auf welchem der Anhang von 3000 fl. ruht, es nicht vorzöge, in die Rechte des Liquidanten (Pfandgläubigers) einzutreten, und demselben dessen liquidirte Summe zu bezahlen, so müßte er ohne Weiteres das gekaufte Grundstück abtreten."

„Im vorliegenden Falle sind daher die Beklagten jetzt schon angegriffen, und ähnliche Rückgriffe stehen ihnen bevor."

„Es ist allerdings richtig, daß die Beklagten einige Liegenschaften schon an Dritte veräussert haben, allein dieses entbindet dieselben von den in dem Kaufbriefe angeführten Anhängen nicht, weil eben diese Anhänge auf jedem einzelnen Grundstück gerade in der Art und Weise haften, wie im Großherzogthum Baden die Pfandschulden nach dem Satze 2114, auch ist es unwahr, daß die Käufer keinen Anstand nehmen, den jetzigen Beklagten den Kaufschilling zu entrichten."

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe den 4. November 1843.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

1) Ueber „Vorstände" und „Anhänge" im Kanton Zürich.

2) Ueber das Retentionsrecht für den Kaufschilling wegen auf dem Kaufsgegenstand haftender Pfandlasten.

3) Ueber das Retentionsrecht mit dem Kaufschilling wegen nicht vollständig geschehener Uebergabe des Kaufobjekts.

(Schluß.)

„Ich widerspreche die Replik, daß den Beklagten Appellanten die sämmtlichen Anhänge vor Abschluß des Kaufvertrages und vor Protokollirung des Kaufes bekannt gemacht wurden, und daß sie auf alle daher etwa abzuleitenden Einreden verzichtet haben."

„Der Kläger wird diesen Verzicht nicht beweisen können, wohl aber sind die Beklagten im Stande, den Beweis des Verschweigens der Pfandlasten vollständig herzustellen."

„Zu dieser Beweisführung nehme ich zunächst sachdienlich an das Geständniß in der Appellationsvernehmlassung, daß in dem Kaufsvertrage, den die Contrahenten am 2. und 9. Juni unterzeichnet haben, jener Anhänge keine Erwägung geschah, — dagegen widerspreche ich, daß die Beklagten nachher, und zwar bis und bei Herausgabe der über die Kaufsumme gefertigten Schuldurkunde an den Verkäufer und der Protokollirung des Kaufes in den Notariatsprotokollen Gelegenheit gehabt hätten, ihre Anstände und Einwendungen mit der Wirkung vorzubringen, daß dadurch die Anhänge weggefallen wären. Ich bestreite, daß der Abschluß eines Kaufes zwischen dem Käufer und Verkäufer nach den Gesetzen des Cantons Zürich nur ein präparatorischer Akt ist, und daß die Eigenthumsübertragung erst durch die Protokollirung des Geschäfts in den Notariatsprotokollen geschieht."

„Die zum Beweise der Einrede beweisanticipirend vorgelegten Urkunden kann ich nicht anerkennen, weil sie nur unbeschworene Zeugnisse sind, weil sie nur von einem Substituten, beziehungsweise einem Interimsverwalter der Notariatskanzlei ausgestellt wurden, und nicht wörtliche Auszüge aus den öffentlichen Büchern, sondern Zeugnisse enthalten über Vorgänge, welche nicht aus den Akten ersichtlich sind."

„Die dritte Replik halte ich für thatsächlich nicht begründet, da es nicht Sache des Käufers ist, sich um alle möglichen Lasten zu bekümmern, welche auf einem Grundstücke ruhen können, ausgenommen in dem Falle, wenn der Käufee alle Lasten unbedingt übernähme, sonst ist es Sache des Verkäufers, die Lasten speziell zu bezeichnen, widrigens er sich die rechtlichen Folgen der Verschweigung selbst zuzuschreiben hat."

„Den Beweis darüber, daß der Kläger sämmtliche in der Appellationsbeschwerde aufgeführten Fahrnißstücke mitverkauft hat, werde ich nach geschehener Auflage vollständig herstellen."

„Ich widerspreche hiebei, daß im Kaufvertrage diejenigen Fahrnisse ausgenommen wurden, welche nicht zur Betreibung der verschiedenen Gewerbe benutzt worden sind, es heißt vielmehr im Kaufbrief ausdrücklich:

> „Alle und jede Fahrhabe, die Verkäufer dato eigenthümlich auf der Forch besitzt, mit Ausnahme der im Kaufvertrage speziell verzeichneten Fahrnisse."

Digitized by Google

„Ob der Kläger schuldig sei, auch das vorhandene Geld von 1000 fl. den Beklagten zu übergeben, ist eine Rechtsfrage, bei deren Beantwortung die Landrechtssätze 527 u. ff. zur Anwendung kommen müssen."

„Eine Bibliothek ist immerhin mehr oder minder ein Bedürfniß für eine Wirthschaft: welche Bücher gerade die zwei zweckmäßigsten sind, ob Reisebeschreibungen, Conversations-Lexikon, Sprachwörterbücher u. dergl., oder belletristische Sachen, ist eine Frage, die nicht hierher gehört."

Damit schlossen sich die Verhandlungen der zweiten Instanz, auf deren Grund das Hofgericht sofort unterm 24. November 1842 das amtliche Erkenntniß bestätigte.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten wie folgt:

„Es ist unbestritten, daß die Beklagten unterm 9. Juni 1840 den Kauf, worüber die Urkunde dem Klagvertrage vom 6. April v. J. beigelegt ist, mit dem Kläger abgeschlossen haben, und daß an dem bedungenen Kaufpreis dasjenige Ziel nebst Zinsen von 12,336 fl. fällig sei, welches den Gegenstand der Klage bildet, und wozu die Beklagten durch das unterrichterliche Urtheil verfällt sind."

„Es handelt sich daher nach der Sachlage in dieser Instanz nur um die in der Appellationsbeschwerdeschrift vorgeschriebenen Einreden, vermöge welcher behauptet wird:

a. daß das Kaufobjekt mit sogenannten Anhängen, d. i. mit Pfandschulden belastet sei (und zwar in dem Betrage von 15,426 fl. 30 kr.), und

b. daß der Kläger selbst den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt, indem er noch nicht alle Fahrnisse übergeben habe, die von ihm in dem Kauf versprochen worden sind.

„Zu a. Mit der zuerst genannten Einrede nehmen die Appellanten unter Bezug auf Landrechtssatz 1653 das Recht in Anspruch, mit der Zahlung des Kaufschillings einzuhalten, wobei sie zu dessen Begründung noch geltend machen, daß ihnen die fragliche Pfandlast bei Abschließung des Kaufes verschwiegen worden sei, und sie von dem Dasein derselben erst nachher Kenntniß erhalten hätten.

„Allein wenn man auch als richtig annehmen könnte, daß durch sogenannte Anhänge nach den Gesetzen des Cantons Zürich, nach welchen der fragliche Kaufvertrag geschlossen wurde, ein gegen jeden Besitzer wirksames Pfandrecht begründet werde, und daß überhaupt gegen die Anwendbarkeit der hierländischen Gesetze kein Zweifel obwalte, so kommt jedenfalls in Betracht, daß das im Landrechtsatz dem Käufer eingeräumte Detentionsrecht in dem Falle wegfällt, wo derselbe gegen die ihm etwa drohenden Pfand- und Zueignungsklagen schon hinreichend gesichert ist. In dieser Hinsicht ergiebt sich nun aber aus den Akten, daß die Beklagten, worauf sich der Appellat zur Entkräftung ihrer Einrede ausdrücklich bezieht, nicht nur in dem Besitze eines Theils der von ihnen gekauften Realitäten, von denen nicht behauptet ist, daß sie mit Pfandlasten beschwert sind, sich befinden, sondern daß an dem von ihnen versprochenen Kaufschilling, auch wenn alle bisher geleisteten Zahlungen, nebst dem Forderungsbetrag der gegenwärtigen Klage in Abzug gebracht werden, noch ein Rückstand von mehr als 30,000 fl. übrig ist, den sie dem Kläger schuldig bleiben, so daß also die Beklagten jedenfalls nach dem dermaligen Stand der Sache hinreichende Sicherheit gegen die Gefahr, wegen den fraglichen Pfandschulden angegriffen zu werden, in Händen haben, und daher keine gegründete Besorgniß für sie vorhanden ist, daß sie durch die Zahlung des gegenwärtig eingeklagten Kaufschillingsbetrags in Schaden gesetzt werden können."

„Der Einwand der Beklagten, daß nach dem Kaufvertrag ihnen zustehe, den Betrag von 24,664 fl. auf dem Kaufobjekt stehen zu lassen, sie aber schuldig wären, die etwa auftretenden Pfandgläubiger alsbald zu befriedigen, kann darum nicht als erheblich erachtet werden, weil die betreffende Bestimmung des Kaufvertrags, wornach obige Summe auf dem Kaufobjekt stehen bleiben soll, auch den Verkäufer nicht hindern kann, dieselbe aufzukünden, und die Abzahlung zu verlangen, da keine Zeit bedungen ist, innerhalb welcher eine Aufkündigung nicht geschehen dürfte."

„Anlangend

zu b. die Einrede, daß der Kläger den Kaufvertrag noch nicht vollständig erfüllt habe, so wird zwar diese Behauptung in Abrede gestellt. Wenn sie es aber auch nicht wäre, so würde darin doch kein Grund liegen, der die Beklagten berechtigte, die Erfüllung der ihrerseits übernommenen Verbindlichkeit zu verweigern."

„Denn wiewohl nach Landrechtsatz 1244 der Käufer

— wenn etwas Anderes nicht bedungen ist — fordern kann, daß ihm der Verkäufer in Ansehung der versprochenen Leistung keine Stückzahlung aufdringe, so bleibt ihm da, wo er einmal eine solche angenommen, also zu einer blos theilweisen Erfüllung stillschweigend eingewilligt hat (Landrechtsatz 1108 und 1186), nichts anderes übrig, als wegen des Restes der ihm noch schuldigen Leistung auf Erfüllung zu klagen, (Landrechtsatz 1184), was jedoch hier nicht geschehen, da kein Begehren dieser Art gestellt ist."

„Indem also weder die eine noch die andere der vorgeschützten Einreden als begründet erscheint, und somit die Appellanten durch das unterrichterliche Urtheil nicht beschwert sind, wurde — mit Rücksicht auf §. 169 der Proceßordnung wegen der Kosten — wie geschehen erkannt."

Z.

II.

1) Der Landrechtssatz 1597 handelt nicht allein von Processen, streitigen Rechten und Ansprüchen, welche unkörperliche Sachen zum Gegenstande haben, sondern auch von solchen Processen, streitigen Rechten und Ansprüchen, deren Objekt eine körperliche Sache ist, und zwar in dem einen wie in dem andern Falle, ohne zu unterscheiden, ob die Sache eine bewegliche oder liegenschaftliche Natur hat.

2) Kriterien der Streitigkeit eines Rechtes oder eines Klageanspruches im Sinne des Satzes 1597 und der res judicata im Sinne des Satzes 1351 des Landrechts.

In Nr. 15 dieses Jahrgangs der Annalen ist eine Abhandlung abgedruckt, welche sich *hauptsächlich* über den Sinn und die Bedeutung des Landrechtssatzes 1597 verbreitet, und darzuthun sucht, daß derselbe nicht auf einen *liegenschaftlichen* Kaufvertrag anwendbar sei.

Die thatsächliche Veranlassung zu dieser Abhandlung hat der mit dem Buchstaben Z. unterzeichnete Verfasser aus einem Erkenntnisse des Großherzoglichen Oberhofgerichtes vom 7. Januar 1842 entnommen, welches in Uebereinstimmung mit dem hofgerichtlichen Erkenntnisse vom 18. August 1841 einen am 23. Januar 1838 verbrieften Kaufvertrag zwischen dem Hofgerichtsadvokaten Rindeschwender zu Rastatt und dem Grafen von Kesselstatt zu Trier auf Grund des Landrechtssatzes 1597 für nichtig, und demzufolge den Advokaten Rindeschwender qua Rechtsnachfolger des von Kesselstatt'schen Stammes in einem von diesem früher wegen des Kaufobjektes anhängig gemachten Rechtsstreite für nicht legitimirt erklärte. — Neben der Hauptfrage über den Umfang des Landrechtssatzes 1597 erörtert der Verfasser auch noch die Natur der litis reassumptio und die Wirksamkeit der erwähnten rechtskräftigen Entscheidung in Hinsicht auf eine Klage, welche der Sucumbent etwa in eigenem Namen neu erheben möchte.

Die Abhandlung selbst bietet ein nicht zu verkennendes rechtliches Interesse dar, indem sie sich über den Sinn und Umfang, sowie über die Anwendung einer Gesetzesstelle verbreitet, welche lediglich die Heilighaltung des amtlichen Charakters und mehr als jede andere den Schutz rechtsunkundiger Personen bezweckt. Es ist daher auch eine anzuerkennende Bemühung der Wissenschaft, wenn sie den Willen des Gesetzgebers so sicher zu stellen sucht, daß die gute Absicht im eintretenden Falle nie vereitelt werden kann.

Von diesem Gedanken geleitet, unternimmt es der Verfasser des Gegenwärtigen, die Abhandlung Nr. 15 einer wissenschaftlichen Kritik zu unterwerfen, und nachzuweisen, daß die von Z. über die Auslegung des Landrechtssatzes 1597 und die Anwendung des Satzes 1351 aufgestellte Theorie ganz falsch, und darum seine Beurtheilung des concreten Falles irrig ist. In Ansehung der species facti und der Proceßgeschichte dieses Rechtsfalles sind wir genöthigt, unsere Arbeit lediglich auf die Z.'sche Relation zu fußen, da uns die Acten der Parteien und des Gerichts, und damit alle Materialien zur Kritik des thatsächlichen Theiles der Z.'schen Arbeit abgehen.

Um Wiederholungen zu vermeiden, verweisen wir daher in dieser Hinsicht lediglich auf den §. 1 jener Abhandlung, und setzen, indem wir hier zur Kritik derselben übergehen, die vollständige Kenntniß des genannten Paragraphen bei jedem Leser dieser Blätter voraus.

§. 1. Ueber die Anwendbarkeit des Landrechtssatzes 1597.

(§. 4—7 der Z.'schen Abhandlung).

Digitized by Google

Z. leitet die Nichtanwendbarkeit des Landrechtssatzes 1597 in dem von ihm erzählten Falle lediglich aus dem Mangel der objektiven Requisite des Gesetzes ab. Seine ganze Argumentation dreht sich nämlich um die beiden Hauptgedanken:

1) daß der Landrechtssatz 1597 nur von unkörperlichen Sachen, nicht auch von Liegenschaften spreche, in casu aber nur eine Liegenschaft in Frage stehe;

2) daß, wenn man selbst annehmen könne, daß auch unkörperliche Sachen den Gegenstand des Satzes 1597 bildeten, doch jedenfalls das Erforderniß der Streitigkeit fehle. Beide Aufstellungen sind daher näher zu prüfen.

1. Ueber die Auslegung des Satzes 1597 und die Qualification des Rindeschwenderschen Vertrages.

A. Der Landrechtssatz 1597 handelt von allen Sachen, die Gegenstand eines Verkaufs sein können, ohne jede Distinction.

a. Der Landrechtssatz 1597 ist eine wörtliche Uebersetzung des Art. 1597 des Code Napoléon. Die Quelle seiner Auslegung liegt daher im französischen Rechte, wie dieses auch von Z. anerkannt wird, wenn er im Verlaufe seiner Deduction sich auf den französischen Text des Art. 1597 beruft. Die historische Grundlage dieser Gesetzesstelle liegt in älteren französischen Ordonnanzen, namentlich und hauptsächlich in der Ordonnance d'Orleans de 1560 art. 54, und einer Ordonnanz Ludwigs XIII. vom Januar 1629 Art. 94. Von beiden wollen wir hier den einschläglichen Text wörtlich anführen:

art. 54 cit. Defendons à tous nos juges et nos avocats et procureurs *d'accepter* directement ou indirectement *aucuns transports ou cessions des procès et droits litigieux* ès cours, sièges et ressorts ou ils seront officiers. Semblables défenses faisons aux avocats, procureurs et solliciteurs des parties pour le regard des causes et procès *dont ils auront charge, à peine de punition exemplaire.*

art. 94 cit. Faisons très expresses défenses à tous juges, de quelque qualité ou condition qu'ils soient, avocats, procureurs, clercs, solliciteurs, de prendre aucune cession de dettes pour lesquelles y ait *procès, droits ou actions*, soit en leur nom ou d'autres personnes par eux interposées sur peine des *choses* cédées, pour lesquelles nous voulons y avoir *répétition* contre eux, jusque à dix ans après que les jugemens et arrêts auront été rendus.

Recueil général des anciennes lois françaises par Isambert. T. X. Nr. 78. T. XVI. Nr. 254.

Die erste Redaction des art. 1597 Code Napoléon lautete:

. . . . . ne peuvent *prendre cession des procès, droits et actions litigieux.*

Auf den Vorschlag der legislativen Abtheilung des Tribunats wurde — „pour plus de regularité" — anstatt des „ne peuvent *prendre cession*" die Redaktion in „ne peuvent *devenir cessionaires*" umgeändert.

S. Locré, la législation civile etc. de la France. Bd. 14. S. 39. Art. 16. S. 127. Nr. 10.

Man gewinnt aus dieser Zusammenstellung die Ueberzeugung, daß der Text der französischen Ordonnanzen im Wesentlichen mit der Fassung des Art. 1597 in den Ausdrücken: „procès, actions et droits litigieux" übereinstimmt.

Für die Auslegung des letzteren ist es nun von nicht zu verkennender Bedeutung, daß seine unmittelbare Quelle, die Ordonnanz von 1629 sich der Ausdrücke: „sur peine des *choses* cédées, pour lesquelles nous voulons y avoir *répétition* contre eux" bedient.

Es geht daraus hervor, daß die französische Rechtssprache, wie man dieses von ihr nur gewohnt ist, sich stets den Rechtsbegriffen sehr genau anschließt, und in dem Verbot nur von den Rechten spricht, welche immer den unmittelbaren Gegenstand aller Verträge bilden, von dem Objekte dieser Rechte, welche nur mittelbar Gegenstände dieser Verträge sein können, erst bei den Folgen der Zuwiderhandlung redet. — Der gebrauchte Ausdruck: „cedirte Sache und Rückforderung derselben" beweist doch klar, daß die streitigen Rechte, deren Cession verboten wird, ihrem Gegenstande nach auf körperliche Sachen, und zwar sowohl bewegliche als liegenschaftliche körperliche Sachen gerichtet sein können.

Eine ältere Ordonnanz Franz I. vom Jahre 1535 verfügte: „que ceux qui font ces sortes de cessions et ceux qui les acceptent doivent être privés de leurs *biens* et actions" — und beweist daher gleichfalls, daß die Redactionen der alten Ordonnanzen unter den verbotenen

Ceſſionen dieſer Art ſtets auch die Verkäufe körperlicher Sachen einbegriffen haben.

confr. *Merlin.* Répert. M. droits litigieux.

Von noch größerem und entſcheidendem Gewichte muß es aber erſcheinen, wenn in der Doctrin und der Jurisprudenz unter der Herrſchaft der alten Ordonnanzen ſich nicht nur keine Spur davon findet, daß ſtreitige Liegenſchaften dem Verbot nicht unterworfen ſein ſollen, ſondern gerade umgekehrt in terminis entſchieden worden iſt, daß der Verkauf einer ſtreitigen Liegenſchaft nach dem Wortlaut des Art. 54 der Ordonnanz von Orléans und des Art. 94 der Ordonnanz von 1629 verboten, und deßhalb nichtig ſei.

Merlin iſt uns für dieſe Thatſache in ſeinen beiden berühmten Werken Gewährsmann.

In ſeinem Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence in droits litigieux ſagt er: „au surplus, la disposition de l'art. 54 de l'ordonnance d'Orléans a conservé toute son autorité jusqu'à la publication du Code Napoléon; témoin l'arrêt de la cour de cassation du 14 nivôse an 5. qui a confirmé un jugement par lequel il avait été decidé, qu'un fondé de pouvoir ad lites n'avait pas pu, pendant que son client plaidait pour se faire reconnaître héritier, *acquerir de lui un immeuble* dependant de la succession en litige."

In ſeinen Questions de droit erzählt Merlin dieſen Rechtsfall ausführlich unter der Rubrik: cession de droits litigieux §. 3, wo er die Frage aufwirft: Un avoué peut-il, pendant que son client plaide pour se faire reconnaître héritier, acquérir de lui un immeuble dépendant de la succession qu'il réclame?

Seine Darſtellung des Falles finden wir für die vorliegende Frage ſo intereſſant, daß wir ſie wörtlich hier folgen laſſen.

Le 4. fevrier 1792, décès de Marie Sophie Rousselet, épouse de Henri Destaing, domicilié à Paris.

Son héritier aux meubles, acquêts et propres maternels étant émigré, la nation s'empare, sans contradiction ni difficulté, de cette partie de sa succession.

Quant aux propres paternels, consistans en deux domaines, celui de Château-Renaud et celui de la Poissonnière, plusieurs parens se présentent pour les recueillir et tous concourent à l'inventaire qui est clos le 13 du même mois de fevrier 1792.

Au nombre de ceux-ci figurent, par le ministère de Christophe Joseph Delaplace, avoué, Sophie Gabriel le Dreux-Rousselet, et Marie Catherine Louise Dreux-Rousselet sa soeur; elles se font reconnaître pour les plus proches parentes de la défunte; mais leur qualité d'héritières est contestée, sous le prétexte que descendant d'un bâtard légitimé seulement par lettres du prince, elles sont inhabiles à succéder; et sous ce même prétexte, les corps administratifs étendent le séquestre national jusque sur les propres paternels. Les 27. mars, 9. et 12. avril 1793, les soeurs Rousselet font assigner les administrations des départemens de Paris, d'Indre et Loire et de Loire et Cher ainsi que tous les particuliers prétendant droit à la succession dont il s'agit, devant le tribunal du prémier arrondissement de Paris pour voir dire qu'elles seront réconnues héritières aux propres paternels de Marie Sophie Rousselet, et comme telles envoyées en possession des domaines de Château-Renaud et de la Poissonnière.

Les 15. et 30. mai suivant, acte sous seing-privé par lequel les soeurs Rousselet vendent au cit. Delaplace, leur avoué, leurs droits successifs sur ce dernier domaine, moyennant la somme de 250,000 liv.

Le 6. juillet de la même année les soeurs Rousselet toujours défendues par le cit. Delaplace, obtiennent un prémier jugement interlocutoire, lequel est bientot suivi de plusieurs autres par défaut qui leur adjugent définitivement leurs conclusions.

Le 5. germinal an 2. l'administration du département de Paris arrête, en adhérant à ces jugemens, qu'il n'y a pas lieu de contester les qualités des soeurs Rousselet.

Le 22. du même mois, le contrat sous seing-privé, des 15. et 30. mai 1793 portant vente du domaine de la Poissonnière au cit. Delaplace est renouvelé devant notaires.

Le même jour, le cit. Delaplace remet aux soeurs Rousselet un acte sous seing-privé, par lequel il reconnait que le prix de cette vente, fixé, comme on vient de le dire, à 250,000 livres, a été consenti par elles sans contradiction ni débats, en consideration de ses peines et soins au sujet de leur affaire.

Bientôt après Sophie Gabrielle Dreux-Rousselet épouse le cit. Barairon et, de concert avec lui demande, en ce qui la concerne, la nullité et subsidiairement la rescission de la vente du domaine de la Poissonnière.

Le 28. germinal an 4. jugement du tribunal civil du de-

Digitized by Google

partement de la Seine, qui déboute le cit. Barairon et son épouse de leurs conclusions.

Sur l'appel, le tribunal civil du département d'Eure et Loire par jugement du 12 messidor suivant, déclare qu'il a été mal jugé, et *annule le contrat de vente, comme contenant une cession de droits qui étaient litigieux lors de sa passation, cession que le cit. Delaplace n'avait pu accepter, aux termes des art. 54 de l'ordonnance d'Orléans de 1560, et 94 de l'ordonnance de 1629, attendu qu'il était à cette époque avoué et fondé de pouvoir des venderesses.*

Recours en cassation de la part du cit. Delaplace. — Contravention aux ordonnances de 1560 et de 1629, en ce que ces lois annullent bien les cessions de droits litigieux, mais que dans le fait ce n'est pas un droit litigieux que le cit. Delaplace a acquis des soeurs Rousselet; qu'il n'y avait de litigieux à l'égard de celle-ci, que leur qualité d'héritières; que ce n'est point cette qualité qu'elles ont vendues au cit. Delaplace; *qu'elles lui ont vendu un bien qui était avoué devoir leur appartenir*, si une fois leur qualité d'héritières était reconnue. — Contravention aux mêmes ordonnances, et à celles de 1535, en ce que le tribunal civil d'Eure et Loire a annullé, *comme portant sur des objets litigieux, une vente faite par devant notaires, à une époque où il n'y avait plus de litige sur la qualité d'héritières des soeurs Rousselet.* — Contravention à l'art. 22 de l'ordonnance du roi Jean, de 1356, en ce que le tribunal civile d'Eure et Loire *a attribué à la dame Barairon, prétendue venderesse de droits litigieux, une action que cette loi n'accorde qu'aux débiteurs des droits cédés.* — Fausse application et de l'art. 94 de l'ordonnance de 1629, qui n'a jamais fait loi à Paris et de l'art. 54 de l'ordonnance de 1560, lequel était une loi pénale inapplicable de sa nature à une contestation purement civile et d'ailleurs abrogée positivement par les lois nouvelles. — Erreur de fait dans l'application des mêmes lois au cit. Delaplace, en ce qu'il n'était plus procureur à l'époque de la vente. — Tels étaient les moyens de cassation du cit. Delaplace.

Le 14. nivose an 5. jugement de la section civile, au rapport du cit. Barris et sur délibéré, qui rejette la demande en cassation, — „attendu *qu'en déclarant cession d'objets litigieux*, faite à une personne prohibée, et en annullant *comme telle la vente de la terre de la Poissonnière*, consentie par les soeurs Rousselet au demandeur; — Qu'*en jugeant aussi que l'action en répétition dans une cession de ce genre, appartient au cédant, et en l'accordant en conséquence aux défendeurs*, le tribunal d'Eure et Loire *n'a violé aucune loi*; — Que dans son jugement, ce tribunal ne s'est pas seulement fondé sur l'ordonnance de 1629; qu'il a pris particulièrement pour base l'ordonnance de 1560, que la nullité qui dérivait de la prohibition de cette loi, n'était point une peine de la nature de celles qui sont hors de la jurisdiction civile, et qui ont été abrogées par la nouvelle législation française."

Es ſteht ſomit als durchaus unbeſtreitbar feſt, daß ſowohl der Geſetzgeber bei Abfaſſung der alten, dem Code Napoléon zum Grunde liegenden, Ordonnanzen, als auch die Rechtsgelehrten und die höchſten franzöſiſchen Gerichtshöfe in ihrer Anwendung unter dem Verbote der Ceſſion von ſtreitigen Rechten, Klagen und Proceſſen ſtets auch die Ceſſion ſtreitiger körperlicher Sachen und Liegenſchaften verſtanden und in dieſem Sinne das Verbot gehandhabt haben. Wenn nun Merlin in ſeinem Répertoire bezeugt: la disposition de l'art. 54 de l'ordonnance d'Orléans a conservé *toute* son autorité *jusqu'à la publication du Code Napoléon*, und zum Beweiſe dieſer ſeiner Behauptung ſich gerade auf einen Rechtsfall ſtützt, in welchem der Verkauf einer körperlichen Liegenſchaft als der Verkauf eines ſtreitigen Rechts in den höchſten Inſtanzen vernichtet worden iſt, ſo wird Niemand die Bedeutſamkeit dieſes Umſtandes für die Auslegung des Code Napoléon in ſeinem Art. 1597 verkennen, wenn er damit in Verbindung bringt, daß Portalis, nachdem er vorher von dem Inhalt der alten Ordonnanzen geſprochen, in ſeiner Entwickelung der Motive des Geſetzes ſagt:

„Cette disposition est *rappelée* par le projet de loi."

S. Locré, la législation etc. Band 14. S. 150.

Wir haben nun ſchon oben erwähnt, daß die Redaction des Art. 1597 des Code Nap. beinahe wörtlich mit den alten Ordonnanzen in der hier zur Sprache kommenden Beziehung übereinſtimmt mit der einzigen Modification, daß der antiquirte Ausdruck „prendre cession" in den regelrechten ſprachrichtigern „devenir cessionaires" und das Spezielle „cession de *dettes* pour lesquelles y ait procès" in das Generelle: „cessionaires *des procès*" umgeändert worden iſt. Der hieraus ſich ergebende Schluß drängt ſich Jedem von ſelbſt auf, nämlich daß auch die Redactoren des Code Napoléon die Aus-

Digitized by Google

drücke procès, actions et droits litigieux in dem Sinne der damaligen Rechtssprache niedergeschrieben haben. Hätten sie einen andern Sinn hineinlegen wollen, so sind wir bei der Präcision der französischen Sprache und bei der Genauigkeit des Ausdrucks, dessen sich der französische Gesetzgeber als Meister im Fache stets bedient, wohl zu der Annahme berechtigt, daß sie dasjenige, was nach dem herrschenden Sprachgebrauche darin lag, aber nach ihrer neuen Intention nicht darin hätte liegen sollen, verbis expressis ausgeschieden haben würden.

Statt dessen ist eine Aenderung in der Redaction vorgenommen worden, die keinen Zweifel darüber läßt, daß die Redactoren das Gesetz nicht blos auf streitige Forderungen und ähnliche unkörperliche Sachen einschränken, sondern so allgemein als möglich auf Sachen aller Art ausdehnen wollten. Gesetze der in Frage stehenden Art werden ursprünglich durch einzelne Mißbräuche veranlaßt und es ist daher eine sehr gewöhnliche Erscheinung, daß in der Redaction hauptsächlich auf diejenigen Fälle reflektirt wird, die am häufigsten vorzukommen pflegen, in unserm Falle also auf Ueberträge streitiger Forderungen. In der Ordonnanz von 1650 Art. 94, welche dem Code Napoléon unmittelbar zum Grunde liegt, heißt es nun: prendre cession de *dettes pour lesquelles* y ait procès.

Statt dessen setzt der Fasser des Art. 1597 in der ersten Redaction: „prendre cession *des procès*“ in der definitiven: devenir cessionaires *des procès*.

Der Wortlaut der Ordonnanz geht daher nur auf die Cession von Forderungen, worüber Prozesse bestehen, der Wortlaut des Art. 1597 aber auf die Cession von Processen schlechtweg ohne alle Rücksicht auf ihren Gegenstand.

Wir wollen nun auch noch daran erinnern, daß die Kommission, welche von den Konsuln mit der Redaction des Code Napoléon beauftragt war, nur aus practischen Juristen, nämlich aus Tronchet dem Präsidenten des Cassationshofes, Maleville Rath am Cassationshofe, Bigot de Préameneu Regierungs-Commissär bei demselben hohen Hofe und Portalis Regierungs-Commissär bei dem Conseil des prises, also aus Männern bestand, die das geltende Recht in seiner damaligen Bedeutung und Ausdehnung aus eigener Anschauung kannten, wovon einige sogar bei dem Cassations-Erkenntnisse in dem Dolaplace'schen Falle mitgestimmt haben konnten.

Man wird hiergegen nicht einreden wollen, daß das vom Code Napoléon in der Materie vom Kaufvertrage befolgte System einen Schluß dahin begründe, daß die fraglichen Worte des Art. 1597 in einer engen Bedeutung gefaßt seien. — Etwas Aehnliches scheint Z. behaupten zu wollen, wenn er sich auf den im Art. 1597 befindlichen Ausdruck: „devenir *cessionaires*“ beruft, und hieraus folgert, daß das Rechtsverhältniß, welches dem Art. 1597 zum Grunde liege, eine Cession sei, eine solche aber nach der eigenen Sprache des Code im B. III. Kap. 8. Art. 1689 sq. nur Forderungen und andere unkörperliche Rechte (sic!) zum Gegenstand haben könne. Wie unrichtig Z. in dieser Argumentation über den Sprachgebrauch des Code urtheilt, wird Jedem, welcher dieses Gesetzbuch nur einmal angesehen hat, in die Augen fallen. — Man kann Z. einräumen, daß das Rechtsverhältniß, welches der Art. 1597 verbietet, eine „*cession*“ sei, weil der Ausdruck devenir cessionaires statt des alten „prendre cession“ gebraucht worden, allein ganz und gar falsch ist es zu sagen, daß der Code mit diesem Ausdruck ein Rechtsverhältniß bezeichne, welches nur Forderungen und andere unkörperliche Sachen zum Gegenstande haben könne. Das Kap. 8. B. III, worauf sich Z. beruft, ist überschrieben: Du *transport* des créances et autres droits incorporels; im Art. 1689 heißt es wieder: „dans *le transport* d'une créance etc.“ und in dem ganzen Kapitel kommt nur in zwei Artikeln, nämlich in den Art. 1692 und 1701 der Ausdruck: „cession“ vor, während in allen übrigen, wie es auch in der Ueberschrift des Kapitels geschehen ist, die Uebertragung von Forderungen und andern unkörperlichen Sachen mit „*transport*“ benannt wird. — Die Sprache des Code bezeichnet also dasjenige Rechtsverhältniß, welches nur die Uebertragung von Forderungen und andern unkörperlichen Sachen zum Gegenstande haben kann, mit dem technischen Ausdruck: „transport“ und nicht mit „cession.“ Wenn in zwei Art. alternativ der Ausdruck „cession“ gebraucht wird, so berechtigt dieses wohl zu dem Schlusse, daß der Ausdruck cession in der Rechtssprache des Code auch das Uebertragen der Forderungen und unkörperlichen Sachen, den „transport“ bezeichnen könne, nicht aber zu dem Schlusse, daß er nur und allein ihn bezeichnen könne. Indem Z. diesen letzten Schluß zieht, verfehlt er sich ebenso sehr gegen die Regeln der Logik als gegen die bekannten Grundsätze der Hermeneutik.

Digitized by Google

Wenn er beide hätte beachten und den Begriff des Ausdrucks Cession in dem Sinne des *Code* hätte bestimmen wollen, so würde ihm die Quelle hierzu sehr nahe gelegen haben.

Unser Art. 1597 steht nämlich in dem Kapitel II des „de la vente“ handelnden Titels VI Buch III, und führt die Ueberschrift: „qui peuvent acheter ou vendre.“ Er enthält also ganz generelle Vorschriften, gleichviel ob sie körperliche oder unkörperliche, bewegliche oder unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben. Es war nun zur Auslegung des Ausdrucks Cession gar nicht nöthig, von dem Kapitel II, worin der Art. 1597 steht, auf das Kapitel VIII. über zu springen; man darf nur den Art. 1595 desselben Kapitels II nicht ignoriren wollen, worin es heißt:

„Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivans:

1) celui où l'un des deux époux *cède des biens* à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits; 2) celui où *la cession* que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenans si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté; 3) celui où la femme *cède des biens* à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté; sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect.

Wenn der Code hier das Ueberlassen von Gütern Seitens des einen Ehegatten zum Vortheil des andern zugleich einen *contrat de vente*, ein *céder* des *biens*, eine *cession des biens* nennt, so wird wohl kein Verständiger weiter darüber zweifeln, daß der Code unter dem Ausdruck Cession überhaupt ein Rechtsverhältniß bezeichnet, wodurch Sachen aller Art auf einen Andern übertragen werden. — Daraus erklärt es sich dann auch, wie der Code in dem Kapitel VIII. an 2 Stellen den „*transport*“ d'une créance etc. ebenfalls mit „*cession*“ benennen kann, eben weil dieses der weitere auch den transport umfassende Begriff ist. Es ließen sich noch manche Belegstellen hierfür aus dem Code anführen. Wir wollen uns darauf beschränken, an die Materie „de la cession des biens“ in dem allgemeinen Theile des Obligationenrechts Art. 1265 ꝛc. zu erinnern, und nur noch eine Stelle ausheben, worin gerade das Abtreten einer körperlichen Liegenschaft mit *céder* bezeichnet wird. Es ist dies der Art. 1406 des Code:

L'*immeuble* abandonné ou *cédé* par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur et des étrangers, n'entre point en communauté sauf récompense ou indemnité.

Ein entscheidender Grund für die Richtigkeit unserer Ansicht über die weitere Bedeutung des Wortes cession und gegen dessen engere Definirung von Z. liegt in dem System des Code selbst. Wenn der Gesetzgeber unter dem devenir cessionaires des procés, droits et actions litigieux nichts weiter hätte verbieten wollen, als die käufliche Uebernahme von Forderungen und andern unkörperlichen Rechten, wie er sie im 8. Kapitel unter dem Titel du transport des créances et autres droits incorporels behandelt, so würde er sicherlich nicht den Art. 1597 in das Kapitel 2, sondern eben und um so eher in das Kapitel 8. gesetzt haben, als er in diesem ohnedies in den Art. 1699 — 1701 über streitige Rechte dieser Gattung und deren Cession Verfügungen treffen mußte.

Daß nun die Bedeutung des Wortes cession, wie wir sie so eben aus andern Stellen und dem System des Code als dessen Sprachgebrauch nachgewiesen haben, auch die Bedeutung desselben in der französischen Rechtsprache überhaupt sei, beweißt die Autorität des bekannten klassischen dictionnaire de l'académie française. —

1) M. „*cession*“: Action de *céder*, de transporter à un autre *ce dont on est propriétaire.*

2) M. „céder“: Laisser, abandonner une chose à quelqu'un. Il signifie aussi en termes de *Jurisprudence:* transporter *une chose* à une autre personne, lui *en donner la propriété.* Il acédé son magasin, *son fonds.* Céder un *cheval*, ses droits, ses prétentions, une dette, un bail. —

3) M. „cédant“. Qui céde son droit. Il ne s'emploie guère que substantivement, en termes de droits et en style de pratique. Le cedant et le cessionaire.

Alles dieses beweist nun auch deutlich, daß Z. sich in einem fehlerhaften Zirkel bewegt, wenn er sich auf eine in 3 Instanzen gleichförmig erfolgte Entscheidung der französischen Gerichte beruft, wodurch auch festgestellt worden sey, daß dasjenige, was das Gesetz rücksichtlich der Cessionen unkörperlicher Sachen bestimme, nicht auch eine Cession körperlicher Sachen in specie einer Liegenschaft ausgedehnt werden könne. —

(Fortsetzung folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe den 11. November 1843.

I.

1) Der Landrechtssatz 1597 handelt nicht allein von Processen, streitigen Rechten und Ansprächen, welche unkörperliche Sachen zum Gegenstande haben, sondern auch von solchen Processen, streitigen Rechten und Ansprüchen, deren Objekt eine körperliche Sache ist, und zwar in dem einen wie in dem andern Falle, ohne zu unterscheiden, ob die Sache eine bewegliche oder liegenschaftliche Natur hat.

2) Kriterien der Streitigkeit eines Rechtes oder eines Klageanspruches im Sinne des Satzes 1597 und der res judicata im Sinne des Satzes 1351 des Landrechts.

(Fortsetzung.)

Der von Z. angeführte Rechtsfall und die von ihm textuell ausgehobenen Stellen der Urtheile bezeugen nun aber gerade, daß die Gerichte hier eben weiter nichts gesagt haben; als daß eine Gesetzesstelle, welche im 8. Kap. du *Transport* des *Créances et autres Droits incorporels* steht (nämlich der Art. 1699), und natürlicherweise also auch nur von einem solchen transport handeln kann, nicht auch auf Uebertragung körperlicher Sachen ausgedehnt werden könne, nicht aber daß der Ausdruck cession sich überhaupt nur auf unkörperliche Sachen beziehen oder daß sich der Art. 1597 nur auf solche beziehen könne. Der ganze Werth dieses Rechtsfalles für die Z'sche Argumentation beruht also lediglich auf der als falsch nachgewiesenen Supposition, daß auch der Art. 1597 nur Cessionen unkörperlicher Sachen zum Gegenstand habe.

b. Der von uns bis jetzt nur auf historischem Wege nachgewiesene Sprachgebrauch des französischen Gesetzgebers ist nun aber auch den Worten des Art. 1597 und den allgemeinen Rechtsbegriffen ganz conform. Was zunächst die letztern anbelangt, so haben wir bereits eben gelegentlich daran erinnert, daß unmittelbar nur Rechte Gegenstand von Verträgen sein können, Sachen dagegen nur mittelbar, insofern nämlich Rechte nur Handlungen, Handlungen aber auch Sachen zum Object haben können. — So wie daher Kontrahenten in ihren Verträgen überhaupt unmittelbar nur über ihre Rechte verkehren, dieselben übertragen, aufgeben oder erwerben können, so ist dieses auch beim Kaufvertrage nur möglich. Unmittelbar überträgt der Verkäufer dem Käufer durch den Kaufvertrag nur sein Recht an der Sache und verpflichtet sich zu einer auf diese Sache als ihr Object gerichteten Handlung, nämlich zur Ueberlieferung; — die Sache selbst ist also nur mittelbar Gegenstand des Kaufvertrags. —

conf. art. 1582. Code Napoléon. Satz. 1582. des badischen Landrechts. Thibaut §. 158 sq. (8. Aufl.)

Wenn daher der Art. 1597 die käufliche Erwerbung von Proceſſen, streitigen Rechten und Klagerechten verbietet, so hat er, ganz den richtigen Rechtsbegriffen gemäß, nur den unmittelbaren Gegenstand der verbotenen Verträge, nämlich die Rechte, worüber die Parteien contrahiren, nicht aber den entfernteren, mittelbaren Gegenstand der Verträge selbst, die Sachen, welche erst durch das Medium der Handlungen, Object der Rechte werden können, im Auge.

Schon allein der Umstand, daß der Art. 1597 schlechtweg Processe verbietet, Processe aber alle Gattungen von Sachen zum Gegenstand haben können, hätte Z. von der Unrichtigkeit seiner Ansicht überzeugen müssen. — Indem der Gesetzgeber nun auf diese Weise ganz allgemein die

Digitized by Google

käufliche Uebernahme aller Proceſſe, ſtreitigen Rechte und Klageanſprüche verbietet, ohne Rückſicht darauf, welchen Gegenſtand dieſe Proceſſe, ſtreitige Rechte und Klageanſprüche haben, und ohne irgend eines dieſer Rechtsverhältniſſe wegen ihres unkörperlichen oder körperlichen, beweglichen oder liegenſchaftlichen Gegenſtandes von dem Verbote auszunehmen, ſo umfaßt der Wortlaut doch offenbar alle ſolche Proceſſe, ſtreitige Rechte und Klageanſprüche, mögen ſie ihrem Gegenſtand nach gerichtet ſein, worauf ſie wollen, auf unkörperliche oder körperliche Sachen, auf Mobilien oder Liegenſchaften. — Ubi lex non distinguit, neque interpretis est distinguere.

c. Mit dem Sinne des Geſetzes, wie der Wortlaut, der Sprachgebrauch und das Syſtem des Code, die hiſtoriſchen Quellen deſſelben, der Gebrauch der franzöſiſchen Rechtsſprache und die Jurisprudenz in der Anwendung ihn feſtſtellt, ſtimmt nun auch die ratio legis ſo vollkommen überein, daß es in der That unbegreiflich iſt, wie je das Gegentheil hat behauptet werden können. — Obgleich die Abſicht des Geſetzgebers auf flacher Hand liegt, ſo wollen wir doch die Redactoren des Code ſelbſt reden laſſen.

Als Portalis das Project dem geſetzgebenden Körper vorlegte und deſſen Motive als Redner des Gouvernements entwickelte, äußerte er ſich rückſichtlich des Art. 1597 in folgender Art.

„Les ordonnances ont toujours prohibé aux juges et à tous ceux qui exercent quelques fonctions de justice ou quelque ministère prés les tribunaux, de se rendre cessionaires d'actions et de droits litigieux qui sont ou peuvent être portés devant le tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions à peine de nullité, depens, dommages et interêts *Cette* disposition est *rappelée* par le projet de loi; elle est la *sauve-garde* des *justiciables*.

Un juge est établi pour terminer les contestations des parties et non pour en *trafiquer*. Il ne peut et il ne doit intervenir entre les citoyens que comme ministre des lois, et non comme l'agent des interêts, de la haine et des passions des hommes. S'il descend *honteusement* de son tribunal, s'il abandonne le sacerdoce auguste qu'il exerce pour échanger sa qualité d'officier de justice contre celle d'acheteur d'actions, *il avilit* le caractère honorable dont il est revêtu; il *ménace*, par le scandale de ses procédés hostiles et interessés, les *familles* qu'il ne doit que rassurer par ses lumières et ses vertus; il cesse d'être magistrat: il n'est plus qu' oppresseur.

La prohibition faite aux juges d'acheter des actions litigieuses n'est donc qu'une conséquence necessaire des principes religieux qui veillent sur la sainteté de leur ministère. *Il importe à la société* que ceux par qui la justice doit être rendue puissent être respectés comme s'ils étaient la justice même.

Bei der hierauf erfolgten Berichterſtattung an das Tribunat bemerkte der Berichterſtatter Faure:

„Si cette *incapacité* n'existait pas, il serait à craindre que ces différentes personnes, armées de leurs titres d'acquisition n'inquiétassent *les plaideurs par leur influence* ou *tout autre moyen* et ne les forçassent à faire en leur faveur des sacrifices considérables pour se *débarrasser d'adversaires si dangereux*."

Grenier, derjenige Redner des Staatsraths, auf deſſen Vortrag das Geſetz unmittelbar angenommen wurde, motivirt den Art. 1597 durch folgenden Satz:

Ainsi l'article 1597 en interdisant aux personnes qui y sont designées, les prémunit sagement contre la *tentation* que *quelques'* unes d'elles pourraient avoir *de spéculer sur des profits honteux*, en *abusant de l'état de détresse* où seraient certains *créanciers* de droits *sujets à contestation*, qui les mettrait hors d'état de les poursuivre et de la plus grande facilité qu' elles auraient d'en tirer parti."

Locré l. c. S. 150, 195, 239.

Merlin bezeichnet die Abſicht des Geſetzes in folgender Art:

Quoiqu'une cession de droits litigieux ne renferme rien en elle-même de contraire aux bien public, quand elle est faite et acceptée sans mauvaise intention, sauf au prétendu debiteur à se faire subroger aux droits du cessionaire, s'il croit avoir plus d'avantage à prendre ce parti qu' à contester, il y a néanmoins des personnes que *leur état pourrait mettre souvent dans le cas de se rendre cessionaires de ces sortes de droits au préjudice même de ceux à qui ils appartiennent*; *et par cette raison*, les lois ont inderdit aux juges, aux avocats et aux procureurs de prendre cession, soit en leur nom, soit par des personnes interposées de procès et de droits litigieux dans les cours, siéges et ressorts où ils exercent leur ministère. Il y aurait même pusillon exemplaire pour les avocats, les procureurs et les

Digitized by Google

solliciteurs qui contreviendraient à cette défense au sujet des causes et des procès dont ils seraient chargés.

Merlin, rép. m. droits litigieux.

Die ratio legis ist also deutlich dahin ausgesprochen, daß es zugleich bezwecke:

1) Den Schutz des Berechtigten;

2) den Schutz desjenigen, gegen welchen das Recht abgetreten werden soll, und

3) die Reinheit und Heilighaltung des amtlichen Characters aller derjenigen Personen, denen das Gesetz die Rechtspflege in irgend einer Qualität anvertraut hat.

Daß diese ratio des Gesetzes nun eintrifft, nicht weniger, wenn es sich bei einem Processe, einem streitigen Rechte, einem Klageanspruch um eine Liegenschaft von einigen Millionen handelt, als wenn eine Forderung von 20 Gulden in Frage steht, darüber wird wohl kein verständiger Zweifel aufgeworfen werden können. Z. behauptet zwar, daß nach der Ansicht im bürgerlichen Leben und noch mehr nach dem Standpunkte des Gesetzgebers das Verfängliche und Unehrenhafte, was in der Uebernahme von streitigen Rechten auf unkörperliche Sachen liege, nicht bei dem Ankauf von streitigen Rechten auf Güter und Liegenschaften vorhanden sey. Was den Standpunkt des Gesetzgebers anbelangt, so haben wir ihn eben selbst reden lassen, und rücksichtlich der Ansicht im bürgerlichen Leben glauben wir nicht, daß Z. die von dem seligen Thibaut befolgte und seinen Schülern angerathene Methode befolgt hat, die darin bestand, daß der große Rechtsgelehrte sich oft seine Zweifel durch den unverfälschten Sinn eines Bauern auf einem nahen Hofgute berichtigen ließ.

Hätte Z. die Leute des bürgerlichen Lebens darüber befragen wollen, was sie von einem Advokaten wie Delaplace hielten, welcher die schwierige Rechtslage der von ihm vertretenen unkundigen Frauenzimmer dazu benutzte, um sich von ihren ererbten zwei Schlössern das eine für einen Spottpreis übertragen zu lassen, so würde er eine Antwort erhalten haben, die sich gegen seine Ansicht des bürgerlichen Lebens gewiß sehr vortheilhaft ausgezeichnet hätte.

Wenn so ein Geschäft für weniger verfänglich, für weniger unehrenhaft gehalten werden kann, als die Uebernahme einer streitigen Forderung, so müssen wir gestehen, daß über dasjenige, was ehrenhaft und unverfänglich sein soll, eine große Begriffsverschiedenheit herrschen kann.

d. Augenscheinlich übertrieben ist es auch, wenn Z. sagt, daß die von uns gegebene Auslegung des Art. 1597 die in demselben genannten Personen von allen Verträgen über Liegenschaften ausschließe und für sie alle Güter ihres Gerichtsbezirks extra commercium erkläre.

Als Grund für seine Behauptung führt er an, daß das Kriterium des Streitigseins als etwas blos Factisches von jedem Gegner des Richters oder Anwalts leicht erhoben werden könne. Derselbe Grund würde auch bei allen Verträgen über Forderungen und andere unkörperliche Sachen eintreffen.

Auch hier ist das Streitigsein doch nur eine bloße Thatsache, deren Erhebung daher mit einer ebenso großen Leichtigkeit jedem Gegner des Richters oder Anwalts möglich wäre, wie beim andern Falle; der Art. 1597 würde also die in ihm benannten Personen auch von allen Verträgen über Forderungen und andere unkörperliche Sachen ausschließen und diese Dinge in ihrem Bezirk ebenfalls extra commercium erklären. Natürlich ist aber weder das Eine noch das Andere wahr und Z. ist hier in den Fehler verfallen, zu viel beweisen zu wollen. Er wird daher auch wohl ein bekanntes Sprichwort gegen sich gelten lassen müssen.

Unrichtig ist es ferner im Begriffe, wenn Z. sagt, bei der Cession eines streitigen Eigenthums an einer Liegenschaft sey die letzte die Hauptsache, das Streitigsein des Rechts die Nebensache, während bei einer Forderung das streitige Recht als die Hauptsache und darum als das Gehässige erscheine.

Zwischen beiden Fällen besteht in dieser Rücksicht gar kein Unterschied. In dem einen Falle ist das streitige Eigenthum —, in dem andern das streitige Forderungsrecht die Hauptsache, in beiden ist es Nebensache, ob jenes streitige Eigenthumsrecht auf eine unkörperliche, körperliche, bewegliche und unbewegliche Sache, und dieses streitige Forderungsrecht auf eine Summe Geldes, auf fungible oder nicht fungible Sachen oder auf Handlungen gerichtet ist; in beiden Fällen erscheint die Streitigkeit des Rechts als das Gehässige und Verbotene ohne irgend eine Beziehung auf die Objecte dieses Rechts.

Wie wenig es Z. im Uebrigen gelungen ist, in seiner Abhandlung die gangbarsten Rechtsbegriffe auseinander

Digitized by Google

zu halten, beweist er noch unter Anderm dadurch, daß er Seite 107 sagt, der bloße Anblick der in Frage stehenden Gesetzesstelle ergebe, daß derselbe nicht von Liegenschaften, sondern nur von unkörperlichen Sachen spreche. — Er bringt also Liegenschaften und unkörperliche Sachen in einen directen Gegensatz, während doch beide Begriffe gar nicht gegensätzlich sind.

Dem Begriffe der unkörperlichen Sache ist der Begriff der körperlichen, dem Begriff der unbeweglichen oder liegenschaftlichen der Begriff der beweglichen Sache entgegengesetzt. Da nun die Rechtswissenschaft und die Gesetzgebung auch unkörperliche, blos im Begriffe existirende Sachen, namentlich auch Rechte in bewegliche und liegenschaftliche klassificirt, der Ausdruck unkörperliche Sachen also auch unkörperliche Liegenschaften umfaßt, so ist es gewiß fehlerhaft zu sagen, der Art. 1597 handle nicht von Liegenschaften sondern nur von unkörperlichen Sachen.

Der Gedanke von Z. in eine den Rechtsbegriffen gemäße Form gebracht, würde heißen: der Art. 1597 handelt nicht von körperlichen Liegenschaften, sondern nur von unkörperlichen (beweglichen oder liegenschaftlichen) Sachen.

Zu welchen Absurditäten nun die von Z. in den Art. 1597 versuchsweise eingeschobene Distinction nach seiner eigenen Theorie führen würde, erlaube er uns an einem Beispiele nachzuweisen. Er hat sich früher darauf berufen, daß der Art. 1597 durch den Ausdruck „devenir cessionaires" das von ihm verbotene Kaufgeschäft als eine Cession qualificire, und daher Gegenstand des art. cit. nur diejenigen Forderungen und unkörperliche Sachen sein könnten, welche nach dem Kapitel 8. Tit. VI. B. III des Code sich als Gegenstand einer Cession eigneten. — Eine universitas juris, eine Erbschaft wird nun in diesem Kapitel als eine unkörperliche Sache und als Gegenstand einer Cession im Sinne von Z. in dem Art. 1696 ꝛc. behandelt. Unterstellt man nun, daß in einem concreten Falle, wie dieses in dem Delaplace'schen Processe eintraf, eine solche Erbschaft blos aus Liegenschaften besteht, so würde auf diese Cession der Art. 1597 nach der eignen Theorie von Z. also doch auf einen Liegenschaftsvertrag anwendbar sein.

Z. hat noch einen „tiefgehenden" Unterschied zwischen unkörperlichen Sachen und Liegenschaften darin finden wollen, daß in einer Liegenschaft die Rechte als Bestandtheile schon von Rechtswegen enthalten sein sollen und zwar nach Art. resp. Landrechtssatz 544. — Was das heißen soll, ist schwer zu verstehen. Die citirte Stelle sagt weiter nichts als: „Eigenthum ist die Befugniß über Bestand und Wesen einer Sache, so wie über den Genuß derselben nach Belieben zu schalten und zu walten."

Wenn nun Z. sagen will, in dem Eigenthumsrechte als Ganzes seyen die einzeln daraus herfließende Befugnisse oder Rechte als Theile von Rechtswegen enthalten, so hat er damit gewiß nichts neues gesagt. Welch ein tiefgehender Unterschied darin aber zwischen dem Eigenthume an körperlichen und unkörperlichen Sachen, an Mobilien und Liegenschaften bestehen soll, läßt sich nicht begreifen.

Die Anwendung auf den Rindeschwender'schen Kauf ist nicht weniger unglücklich. Es wird gesagt, daß hier, wo das Eigenthum des Guts verkauft worden, auch alle Rechte, deren der Art. 1597 Erwähnung thue, als natürliche Zubehörden eingeschlossen seien, nicht aber umgekehrt sei in diesen Rechten auch das Eigenthum eingeschlossen. Hierbei hat Z. ganz übersehen, daß das Eigenthumsrecht des Guts in casu gerade eines der drei im Art. 1597 genannten Worte: nämlich das streitige Recht und beides völlig identisch ist, so daß das Eine jedesmal das Andere in sich begreift.

Das was Z. endlich noch von dem bestehenden Unterschiede zwischen einem Anspruch und einem gewonnenen Proceſſe sagt, ist gewiß wahr, allein nicht weniger wahr bei körperlichen als unkörperlichen, beweglichen und liegenschaftlichen Sachen, so daß nichts Verschiedenes für die eine und die andere Gattung von Sachen daraus gefolgert werden kann.

Wir kommen nun noch zum Schlusse auf Dasjenige, was in der Z.'schen Abhandlung §. 6. daraus gefolgert wird, daß die Einrede des Satzes 1597 gegen eine dagegen verstoßende Cession nur dem debitor cessus zustehen könne, ein solcher aber bei einem Liegenschaftskaufe, überhaupt bei einem dinglichen Rechte nicht denkbar wäre.

Darüber, daß die Einrede gegen ein Rechtsgeschäft aus dem Satze 1597 nur einem *debitor cessus* zustehen könne, ist Z. jede nähere Ausführung schuldig geblieben.

Sein desfallsiger Satz beruht auf der stets wiederkehrenden falschen Supposition, daß der Art. 1597 nur von Cessionen der Forderungen handle, bei welchen aller-

Digitized by Google

dings nach dem Sprachgebrauche der Schule in der Regel nur von einem debitor cessus gesprochen wird. Allein es ist gar nicht erforderlich, daß Jemand nach den Worten der Schule debitor cessus heißen müsse, um aus dem Satze 1597 excipiren zu können: es genügt, daß Jemand vorhanden ist, gegen welchen das streitige Recht geltend gemacht werden soll. Daß dieses nun überall der Fall sein muß, wo ein Proceß, ein streitiges Recht oder ein streitiger Klageanspruch besteht, leuchtet doch wohl von selbst ein. Es erscheinen daher auch die in allen Rechtscompendien enthaltenen von Z. angeführten Distinctionen zwischen persönlichen und dinglichen Rechten für die hier vorliegende Frage von gar keiner Erheblichkeit.

„Die besondere Gestalt, welche jedes Recht in Folge einer Verletzung annimmt, zeigt sich in folgender Weise. Unsere Rechte überhaupt beziehen sich theils auf alle uns gegenüberstehende Menschen, theils auf bestimmte Individuen, und diesen letzten Character tragen am entschiedensten die Obligationen an sich. Die Verletzung unsrer Rechte aber ist nur denkbar als Thätigkeit eines bestimmten Verletzers, zu welchem wir dadurch in ein eignes, neues Rechtsverhältniß treten; der Inhalt dieses Verhältnisses läßt sich im Allgemeinen dahin bestimmen, daß wir von diesem Gegner die Aufhebung der Verletzung fordern. Dieser Anspruch gegen eine bestimmte Person auf eine bestimmte Handlung hat demnach eine den Obligationen ähnliche Natur; der Verletzte und der Verletzer, oder der Kläger und der Beklagte, stehen einander gegenüber, wie ein Gläubiger und ein Schuldner."

Savigny, System V. Band §. 205.

Aus allem Bisherigen resumirt sich demnach als unwiderlegliches Resultat, daß der Art. 1597 des Code Napoléon auf alle Processe, streitige Rechte und Klageansprüche anwendbar ist, gleichviel ob sie auf einen körperlichen oder unkörperlichen, beweglichen oder liegenschaftlichen Gegenstand gerichtet sind. Da nun der Landrechtssatz 1597 die wörtliche Uebersetzung des Art. 1597 des Code ist, und seine Quelle daher auch in demselben ältern französischen Rechte hat, wie der Code selbst, so bedarf es keiner weitern Ausführung darüber, daß das von uns gefundene Resultat auch auf ihn Anwendung findet.

B. Qualification des Rindeschwender'schen Vertrags.

1. Daß dieser Vertrag, nach dem von Z. in dem factischen Theile seiner Abhandlung kurz aufgenommenen Inhalt desselben, nicht einen Vertrag einer körperlichen Liegenschaft in dem Z.'schen Sinne, noch auch einen reinen Liegenschaftsvertrag überhaupt darstelle, ergibt sich daraus, daß hier nur ein idealer unkörperlicher Theil an einer Sache, nämlich ein Miteigenthumsrecht nach einem Bruchtheile veräußert worden ist, daß bei jeder Gemeinschaft stets persönliche Forderungen entstehen können, daß in concreto deren wirklich entstanden, und sogar in schwebenden Processen rechtshängig gemacht worden waren, daß alle diese ebenfalls in dem Vertrage mit übertragen worden sind. — Wenn man daher selbst die Z.'sche Theorie über den Sinn des Satzes 1597 als richtig unterstellen will, so würde dennoch immer dessen Anwendung auf den Rindeschwender'schen Vertrag statt finden müssen, eben weil eine unkörperliche Sache, nämlich das Eigenthumsrecht an einem ideellen Theile einer Sache cedirt worden wäre.

2. Enthält der Rindeschwender'sche Kaufvertrag wirklich die Uebernahme eines Processes, streitigen Rechts oder Klageanspruchs? (§. 7 d. Abh.).

Es könnte auf einen Augenblick scheinen, daß diese Frage wegen ihrer factischen Natur außer dem Bereiche dieser Kritik liege. Man würde sich indessen irren, wenn man überhaupt die Untersuchung, ob in einem gegebenen Falle ein streitiges Recht vorliege, für rein thatsächlich halten wollte. Eine solche Frage setzt in ihrer Beantwortung immer die genaueste Bestimmung der Legal-Begriffe von *procès*, droits et actions *litigieux* voraus und enthält daher jedesmal zugleich eine Rechtsfrage. — Die Anwendung des Begriffes auf den uns vorliegenden Fall soll nur dazu dienen, ihn selbst schärfer herauszuheben.

A. Definition der Ausdrücke *procès*, *droits et actions litigieux*.

Wenn man die Art. 1699 — 1700 mit dem Art. 1597 vergleicht, so ergibt sich, daß der Gesetzgeber bei dem Verbote des Art. 1597 es nicht nöthig gefunden hat, eine Definition von *procès*, droits et actions *litigieux* aufzustellen, dagegen beflissen war, in dem Art. 1700 einen genau begrenzten Legal-Begriff davon zu geben, was er in dem Art. 1699 unter dem Worte: „droit litigieux" verstanden wissen wollte. Diese Legaldefinition in ihrem

Digitized by Google

Gegenſatze zu der Ausdrucksweiſe des Art. 1597 iſt nun die nächſte Quelle für die Beſtimmung des Begriffes des letztern. — Ihr Gegenſatz beweiſt nämlich für's Erſte, daß der Geſetzgeber in dem Art. 1699 und 1700 mit den Worten droit so litigieux und chose litigieux einen andern Begriff verbunden hat, als in dem Art. 1597 mit „droits et actions litigieux."

In dem Art. 1700 erfordert er zu der Streitigkeit des Rechts einen Proceß, und in dieſem Proceſſe, daß das Recht sur le fond, d. h. beſtritten werde, ob es demjenigen, der es in Anſpruch nimmt, überhaupt zuſtehe oder nicht. — In dem Art. 1699 begreift alſo der Ausdruck droit litigieux jedesmal den Begriff procès in ſich, und kann daher nicht gleichbedeutend ſein mit den in Mehrheit bezeichneten droits litigieux des Art. 1597, welche hier die procès ausſchließen. Dieſe werden nämlich im Art. 1597 neben den droits et actions litigieux noch als ein Drittes, Coordinirtes aufgeführt. Da nun nach hermeneutiſchen Regeln bei jedem Geſetzgeber ſtets Richtigkeit des Ausdruckes vermuthet werden muß, ihm Pleonasmen daher nie unterlegt werden dürfen, ſo folgt ferner mit Nothwendigkeit, daß in dem Art. 1597 der Begriff der droits et actions litigieux viel weiter ſein muß, als in dem Art. 1700.

Was zunächſt das Wort *des procès* in dem Art. 1597 anbelangt, ſo fällt es in die Augen, daß der Geſetzgeber hier den beſchränkenden Zuſatz des Art. 1700: „dès qu'il y a *contestation sur le fond du droit*" ganz weggelaſſen und durch dieſe Weglaſſung an Tag gelegt hat, daß er die Uebernahme eines Proceſſes von Seiten der in dem Art. 1597 genannten Perſonen ſchlechterdings und ohne alle Rückſicht auf die Art und Weiſe, wie darin über das Recht geſtritten wird, verbieten will. So oft nun in einem gegebenen Falle ein Klageanſpruch ſchon in einem Proceſſe anhängig gemacht iſt, oder wegen eines Rechts auf irgend eine Weiſe in einem Proceſſe geſtritten wird, ſo iſt die Uebernahme dieſes Klageanſpruchs und dieſes Rechts in Verbindung mit dem Proceſſe ſchon durch den Ausdruck „ne peuvent devenir cessionnaires des *procès*" verboten. Soll nun, wie man dieſes nach dem Obigen annehmen muß, durch die Worte: „droits et actions litigieux" ein neben dem Begriffe des procès ſtehender, nicht das Nämliche bezeichnender Sinn ausgedrückt werden, ſo iſt dieſes nur in der Art möglich, daß ſie alle und jede Rechte oder Klageanſprüche bezeichnen, die nur auf irgend eine Art ſtreitig ſind, ohne daß gerade ein Proceß darüber ſchwebt. Denkbarer Weiſe kann nun ein Recht ohne Proceß, alſo außergerichtlich nur in der Art ſtreitig ſein, daß der Inhaber des Rechts mit demjenigen, gegen welchen er es durchſetzen will, *sur le fond du droit*, d. h. über das Recht an ſich, oder über ſein Object, oder über die weſentlichen Aeußerungen deſſelben, entweder wirklich ſchon in Streit gerathen iſt, oder doch, daß die Natur des Rechts und die beſondern factiſchen Verhältniſſe der Parteien es klar machen, daß ohne einen gerichtlich erſt zu erhebenden Streit die Parteien über irgend eine der drei namhaft gemachten weſentlichen Beziehungen des Rechts nicht einig werden. Man gewinnt hieraus die Ueberzeugung, daß ein Recht, wegen deſſen ſchon ein Prozeß beſteht, als das Stärkere, jedesmal auch ſchon in dem Sinne des droits et actions litigieux, dem Wenigern, als ein ſtreitiges angenommen werden muß.

Für die vorſtehenden, aus dem Geſetze ſelbſt hergeleiteten Begriffsbeſtimmungen ſtreiten nun auch die beſten Autoren des franzöſiſchen Civilrechts.

confr. *Duranton* ad art. 1597. Nr. 141.
Troplong ib. Nr. 200.
Delvincourt, t. 3. p. 128 Note.
Carré compétence t. 1. p. 165.
Rolland de *Villarque* V. droits litigieux i. III. p. 276.
Dalloz, Vente.
Tarlier l. IV. Nr. 141.
Duvergier, de la vente t. 1. Nr. 199.
Zachariä, Band 2. §. 359. Nr. 3. (3. Aufl.).

Wir wollen nun den in der Materie de la vente als klaſſiſch in Frankreich anerkannten *Troplong* und unſern nicht weniger geachteten Zachariä ſprechen laſſen.

Troplong l. cit.

La plus grande difficulté que présente notre article consiste à préciser ce qui rend un droit litigieux.

Notre article se sert de ces mots procès, droits et actions litigieux.

La première expression est claire par elle-même; elle n'a besoin d'aucune explication.

Le doute porte sur les deux autres. Doit on les inter-

prêter par l'art. 1700, et décider que la défense portée par notre article ne comprend que les droits cédés alors qu'il y a procès entamé et contestations sur le fond?

Presque tous les auteurs (4) sont d'accord pour décider que, par ces mots droits et actions litigieux, le législateur n'a entendu autre chose qu' un procès et qu'il a voulu désigner les droits *non reconnus, incertains, sujets à contestation et de nature à appeler les parties devant les tribunaux.*

Cette interprétation se fortifie de l'exposé des motifs fait par M. Portalis, qui, dans un passage que nous avons cité ci-dessus, déclare que l'art. 1597 a défendu les cessions d'actions et de droits litigieux qui sont ou *peuvent* être portés devant le tribunal etc.

Il nous semble en effet que notre article a un sens plus large que l'art. 1700.

Sa rédaction contient *à dessein* des expressions moins limitatives, et le langage de Portalis démontre que, dans le chapitre 2, on a attaché à ces mots droits et actions litigieux la même pensée que Pothier (6), dont la définition n'a été modifiée que dans le chapitre 8, et pour une matière qui n'est pas la même que la nôtre. Ici, le législateur a été guidé par un sentiment de haute moralité. Il n'a pas seulement voulu étouffer les procès commencés; son intention a été encore de les prévenir et d'enlever à des hommes familiers avec les discussions du barreau le prétexte et l'occasion de troubler le repos de familles.

Le contraire a néanmoins été jugé par un arrêt de la cour de Rouen, du 27. Juillet 1808. Mais, en décidant que l'art. 1597. ne doit pas être appliqué aux droits, qui ne sont que sujets à litige et non encore litigieux, cette cour a hautement méconnu l'esprit du législateur. On repoussera aussi un arrêt de la cour de Bruxelles, du 30. Janvier 1808. (Sirey 10. p. 461), qui sur le fondement de l'art. 1700 du Code civil, a validé la vente d'une créance faite à un avocat, par la raison qu'il y avait procès, non pas sur le fond du droit, mais seulement sur le rang et la priorité de la créance; comme si la question de rang n'était pas tellement importante qu' elle emporte souvent le fond! *Comme si un légiste cupide ne pouvait pas, même à propos d'une priorité contestée, vexer un pauvre créancier et le forcer à capituler sur le rang qui fait la valeur de son titre.*

Zachariä l. c.

„Damit ein Recht im Sinne des Art. 1700 streitig genannt werden könne, ist erforderlich, theils, daß überhaupt ein Rechtshandel wegen dieses Rechts vor Gericht anhängig sei, theils, daß derselbe der Frage gelte, ob das Recht der Partei, welche dasselbe in Anspruch nimmt, wirklich zustehe, oder nicht.

Ein Recht ist in Beziehung auf den Art. 1597 streitig, wenn wegen desselben irgend ein Rechtshandel anhängig ist, oder wenn über dasselbe auch nur außergerichtlich gestritten wird, so daß zu befürchten ist, es werde unter den Parteien ein Rechtshandel entstehen."

Daß die bisherige Ausführung auch auf die Landrechtssätze 1597 und 1699—1700 Anwendung finden muß, kann bei ihrer ganz den Art. 1597 und 1699—1700 des Code entsprechenden Wortfassung keiner weitern Nachweise bedürfen.

B. Anwendung der entwickelten Begriffe auf den Rindeschwender'schen Fall.

Nach der Geschichtserzählung von Z., die wir lediglich als getreu und vollständig supponiren wollen, steht nun in facto fest, daß bereits vor dem im Jahre 1836 von dem v. Kesselstatt'schen Stamme eingeleiteten Theilungsprocesse ein gerichtlicher Streit unter den Condomint von Neuweiher, ein Proceß über die Miteigenthumsverhältnisse über den Theilungsfuß, bestand, — indem die Räthin Asmut gegen die Frau von Fechenbach und den von Kesselstatt'schen Stamm einen von diesen Beklagten bestrittenen Bruchtheil von $^{792}/_{4020}$ an der Grundherrschaft Neuweiher in Anspruch nahm. — Während des Schwebens dieses Processes erhob nun auch der Graf von Kesselstatt gegen die Räthin Asmut und die Freifrau von Fechenbach Sommerau am 1. Mai 1836 eine Klage, durch welche er von der Grundherrschaft Neuweiher eine Quote von $^{1882}/_{4020}$ und nach diesem Fuße die Theilung durch Versteigerung resp. Distribution des Erlöses verlangte, alles unter gewissen in der Z'schen Relation nicht näher bezeichneten Bedingungen. „Dieses Klagebegehren, sagt Z. im Anfange der Relation, wurde von der einen Mitbeklagten, Räthin Asmut, seinem ganzen Inhalte nach widersprochen und also namentlich die Nothwendigkeit der Versteigerung des Guts in Abrede gestellt, die Zulässigkeit der Theilung im Stücke behauptet, fürsorglich andere Versteigerungsbedingungen aufgestellt, die Größe des Antheils

der Kläger an der Grundherrschaft geläugnet und endlich die Abweisung der Kläger mit ihrer Klage verlangt.

Am 30 Juni 1837 wurde der Asmut'sche Proceß wegen Nichtleistung eines Eides Seitens der Beklagten zum Vortheile der Klägerin entschieden.

In dieser Sachlage nun fand der Vertrag vom 23. Januar 1838 zwischen dem Grafen von Kesselstatt und seinem Anwalte dem Advokaten Rindeschwender statt, „wornach, wie es in der Z'schen Relation heißt, der Erstere den von Kesselstatt'schen Antheil an Neuweiher, bestehend in $^{1033}/_{4020}$ Theilen des ganzen Gutes, an Letztern zu einem wahren, unwiderruflichen Eigenthum mit allen darauf ruhenden Rechten verkauft."

Nach §. 9. des Kaufvertrags übernimmt der Käufer die alleinige Vertretung des Gräfl. von Kesselstatt'schen Stammes rücksichtlich der schon anhängigen oder künftig erhoben werdenden Ansprüche der Räthin Asmut, und hat der Käufer deßhalb in jedem Rechtsstreit, den die Frau Asmut gegen den von Kesselstatt'schen Stamm erhebt, als Hauptintervenient einzutreten.

Im §. 11. des Vertrags wurde festgesetzt, daß die noch zu bezahlenden Kosten jener Rechtsstreite, welche die Asmut'sche Ehefrau gegen den von Kesselstatt'schen Stamm geführt hat, oder noch führt, allein den Käufer berühren, und sodann weiter Folgendes bestimmt:

„die gleiche Bedingung wird auch rücksichtlich der gegen Asmut und die Frau v. Fechenbach von Seiten der Verkäufer erhobenen Theilungsklage gestellt, und dem Käufer freigegeben, sie als von heute an beim Gerichte für niedergeschlagen zu erklären, oder sie für seine Rechnung „mit Rechten und Lasten aufzunehmen und fortzusetzen."

Vergleicht man nun diese aus der Z'schen Relation wörtlich entnommenen Thatsachen mit dem Landrechtssatz 1597, so ergibt sich daraus unwiderleglich:

1) daß der Vertrag die Uebernahme von zur Zeit seiner Entstehung bereits rechtshängig gewordenen Proeessen, und demnach ein im Sinne der mehrgenannten Gesetzesstelle verbotenes Rechtsgeschäft enthält.

In dem §. 9 des Vertrags wird nämlich Rindeschwender Rechtsnehmer:

a. nächstsichtlich der schon anhängigen Ansprüche der Räthin Asmut. (Es fällt auf, daß Z., dem doch nach seiner eigenen Aeußerung die Acten der Parteien zu Gebot standen, nicht die andern unter den Parteien schon anhängigen Processe vollständig aufzählt und ihre Proceßgeschichte in derselben Art mittheilt, wie dieses rücksichtlich der Theilungsklage geschehen ist. Eine vollständige Uebersicht aller zwischen den rechtenden Parteien bestehenden Differenzpunkte hätte für die wichtige wissenschaftliche Beurtheilung der Sache nur ersprießlich sein können).

Dem Advokaten Rindeschwender wird in dem Vertrage

b. „das *dominium litis* der Theilungsklage vom 1 Mai 1836 cedirt".

Es ist hier an dieser Stelle eine Frage zu erörtern, die Z. an einem andern Orte, nämlich im §. 9 seiner Abhandlung andeutet, und kurz dahin entscheidet, daß Rindeschwender das Miteigenthumsrecht an Neuweiher als res principalis gekauft, den Theilungsproceß als solchen aber nicht besonders habe kaufen können, da er ein Accessorium des gekauften Rechtes gewesen, daß daher auch die, diesen Proceß betreffende Vertrags-Clausel (§.11 des Contracts) lediglich ein Superfluum darstelle.

Z. scheint sich am Ende seiner Abhandlung zu dieser, in jure ganz falschen Theorie genöthigt gesehen zu haben, um nicht mit seiner frühern Aeußerung (Seite 108) in Widerspruch zu gerathen, wo es heißt:

> „Hätte Rindeschwender blos den anhängigen Theilungsstreit an sich gebracht, so würde zweifellos das Verbot des Landrechts auf ihn anwendbar sein"

Wenn wir die Z'sche Theorie über die Verbindung eines bestehenden Peocesses *qua accessorium* zu dem Rechte selbst als principale falsch nannten, so haben wir die Natur der Rechtsbegriffe und das R. R. auf unserer Seite. Daß jedes Recht zugleich die actio, das Klagerecht als natürliches Zubehör in sich begreift, ist unzweifelhaft und es wird daher auch Niemand sich in einem Vertrage neben dem Rechte noch besonders das ihm anklebende jus agendi stipuliren. Was nun namentlich die dinglichen Rechte, in specie das Miteigenthum anbelangt, so enthalten alle die aus ihrer Natur herfließenden jura agendi, insbesondere das condominum das Klagerecht auf Theilung; der Erwerb des Miteigenthumsrechts selbst zieht daher auch immerhin die *actio* communi dividundo nach sich. Ganz anders aber verhält es sich mit einem wegen des Rechts schon erhobenen Proeesse. Die Erhebung des Proeesses ist ein persönliches Factum dessen, der ihn erhebt, und durch die Litiscontestation entsteht zwischen ihm und dem Beklagten bekanntlich ein rein obligatorisches Verhältniß, dessen Wirkungen hier nicht näher zu erörtern sind.

(Fortsetzung folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 46. Karlsruhe den 18. November 1843.

I.

1) Der Landrechtssatz 1597 handelt nicht allein von Processen, streitigen Rechten und Ansprüchen, welche unkörperliche Sachen zum Gegenstande haben, sondern auch von solchen Processen, streitigen Rechten und Ansprüchen, deren Objekt eine körperliche Sache ist, und zwar in dem einen wie in dem andern Falle, ohne zu unterscheiden, ob die Sache eine bewegliche oder liegenschaftliche Natur hat.

2) Kriterien der Streitigkeit eines Rechtes oder eines Klageanspruches im Sinne des Satzes 1597 und der res judicata im Sinne des Satzes 1351 des Landrechts.

(Fortsetzung).

Dieses persönliche Factum des Klägers und die dadurch erzeugte Obligation liegt nun ganz außerhalb des dinglichen Rechts und des in diesem enthaltenen jus agendi, und können daher kein Accessorium zu derselben bilden. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich an einem Beispiele sehr klar. Unterstellt man, daß jemand wegen eines Rechts schon einen Proceß erhoben, in diesem Processe aber durch facta propria seine Rechtslage sehr verschlimmert und vielleicht das Recht selbst an sich sehr problematisch gemacht hat, daß er nun sein Recht verkauft, ohne dem Käufer von diesem Processe Kenntniß zu geben, so wird das natürliche Rechtsgefühl jeden belehren, daß man nun nicht sagen könne, der Käufer habe den Proceß als Accessorium mit gekauft. Würde dieses wahr sein, so müßte er sich auch dem Verkäufer gegenüber wegen aller Folgen des Processes beruhigen, während doch dieser Proceß gar nicht Gegenstand des Kaufes gewesen ist. In einem solchen Falle würde nun zwar der Erwerber des Rechts dem Beklagten gegenüber die Folgen der Handlungen seines Autors anerkennen müssen, da dieser dem Successor das Recht nur so übertragen konnte, wie er es zur Zeit des Uebertrags durch seine Handlungen alterirt hatte; dem Kläger gegenüber aber würde er dessen Handlungen keineswegs gut halten müssen, vielmehr würden ihm die bekannten Rechtsmittel zustehen. — Hat er aber auch den Proceß selbst ausdrücklich mit Rechten und Lasten gekauft, so muß er auch seinem Verkäufer gegenüber alle dessen facta praeterita in dem Processe gutheißen. — In unserm Falle haben dieses auch der Graf von Kesselstatt und der Advokat Rindeschwender sehr gut eingesehen und es war außer dem Erwerbe des Miteigenthums nichts weniger als überflüssig, und für beide Theile von großen Folgen, daneben auch über den bestehenden Proceß verbis expressis zu contrahiren, wenn derselbe mit Rechten und Lasten auf den Käufer übergehen, und dieser activ und passiv für den Kostenpunkt einstehen sollte.

Beide Contrahenten haben nun, nachdem bereits in den §§. 1—8 der vollständige Erwerb des Miteigenthums stipulirt war, in dem §. 11. noch besonders über den schwebenden Theilungs-Proceß contrahirt, und Rindeschwender denselben ex contractu speciali, und nicht als Folge seines condominii mit sämmtlichen Kosten sowie mit allen Rechten und Lasten übernommen.

Daß der Singularsuccessor, welcher ein dingliches Recht erwirbt, nicht durch seinen Erwerb alle Folgen, namentlich nicht die nachtheilige Folge der persönlichen in Ansehung des cedirten Rechts vorgenommenen Facta seines Autors als Accessorium miterwirbt, dafür spricht im römischen Rechte unter andern Paulus in

l. 11. §. 6. l. 12—13 D. De aqua et aquae pluv. arc. (39. 3.)

Digitized by Google

Wäre nun auch die Ansicht von Z. nicht den Rechtsbegriffen zuwider, so würde daraus für Rindeschwender nichts folgen. Wenn er den erlaubten Erwerb des Rechts nicht vornehmen konnte ohne den verbotenen Erwerb des Processes, so mußte er Beides lassen. That er es nicht, so kann dadurch, daß er etwas Erlaubtes und etwas Verbotenes in einer Handlung vornahm, das Verbotene doch nicht auch zum Erlaubten werden.

2) Außer dieser Uebernahme von bereits anhängigen Processen enthält der Rindeschwendersche Vertrag auch die Uebernahme streitiger noch nicht rechtshängiger Klageansprüche. In dem §. 9. des Vertrages sind nämlich künftig zu erhebende Ansprüche und Rechtsstreitigkeiten der Frau Asmut schon in Aussicht gestellt und wird das condominium litis an denselben dem Käufer eventuell ebenfalls übertragen.

Der Verkauf von $^{1853}/_{4020}$ der Grundherrschaft Neuweiher mit allen darauf ruhenden Rechten hat selbstredend mit der Hauptsache auch die Uebertragung der Früchte der Sache als Accessorium zur Folge.

In dem von Z. mitgetheilten Petitum der Theilungsklage vom 1. Mai 1836 ist von den Früchten keine Rede. Es liegt daher, obwohl der Kaufvertrag nicht in extenso mitgetheilt worden ist, auf flacher Hand, daß auch in dieser Hinsicht die unter den Parteien noch nicht regulirten Klageansprüche mit übertragen worden sind.

3) Der Vertrag enthält endlich auch in der Hauptsache die Uebernahme eines streitigen Rechts. — Das Recht nämlich, welches übertragen wird, besteht in dem Gräflich von Kesselstatt'schen idealen Stammantheile an der Grundherrschaft Neuweiher. Die Natur des Rechts ist mithin als ein Miteigenthumsrecht (condominium) qualifizirt, dessen Gegenstand ein idealer Theil an einer körperlichen Liegenschaft ist. — Ein solches Miteigenthumsrecht kann nun möglicherweise entweder schon in einem Processe befangen, oder auch sonst an sich (sur le fond im Sinne des Art. 1700) oder in Bezug auf seinen Gegenstand (die Größe des Bruchtheils) oder endlich in seinen wesentlichen Aeußerungen bestritten sein. Nach dem oben festgestellten Begriffe der Streitigkeit war dieses condominium schon um deßwillen ein streitiges, weil wegen desselben ein Proceß, nämlich die erhobene und in allen Punkten contestirte Theilungsklage schwebte, auch die Uebertragung des Rechts selbst in Verbindung mit diesem Processe statt hatte. — Die Art und Weise, wie dieses Recht bestritten wurde, zeigt nun aber auch, daß es gerade in seinen wesentlichsten Beziehungen,

a. mit Rücksicht auf sein Object, nämlich die Größe des cedirten idealen Theiles, bestritten war.

Z. sagt nämlich, das Petitum der Klage sei seinem ganzen Inhalte nach von der Beklagten bestritten und die Abweisung der Klage verlangt worden. — Zu dem Inhalte des von Z. wörtlich mitgetheilten Klagebegehrens gehörte nun das Verlangen, daß den Klägern als ihr Antheil an Neuweiher $^{1853}/_{4020}$ Theile des Erlöses zugesprochen werden.

Wenn nun das Petitum in seinem ganzen Inhalte von der Beklagten widersprochen wurde, so ist es auch, wenn nicht ausdrücklich, doch folgeweise in diesem Theile des Inhalts, also darin bestritten worden, daß der Antheil der Kläger $^{1853}/_{4020}$ Theile betrage. Z. sagt nun überdies ausdrücklich im Anfange seiner Relation, daß in Folge des Widerspruchs der Beklagten gegen den ganzen Inhalt des Klagebegehrens dieselbe namentlich „die Größe des Antheils der Kläger an der Grundherrschaft geläugnet habe."

In einer Parenthese wird nun wohl beigefügt: „mindestens in einer gewissen Art und Richtung", und weiter unten diese Art und Richtung näher dahin erläutert, daß die Beklagte sich in ihrer Einredeschrift gegen die Theilungsklage auf ihren Proceß wegen der von ihr in Anspruch genommenen Quote von $^{167}/_{4020}$ bezogen, und aus dem Umstande weil ihre Antheile in dem darüber anhängigen Rechtsstreite endgültig noch nicht festgesetzt seien, die Folgerung gezogen habe, daß die Antheile überhaupt, also auch jene ihrer Gegner, der Theilungskläger, noch nicht ausgemittelt wären. — Hieran knüpft er dann seine Behauptung, daß die Größe des klägerischen Bruchtheiles wirklich nicht bestritten gewesen sei, und stützt dieselbe auf drei Momente:

a. a. Thatsächlich sey es unrichtig, daß der Antheil der Theilungskläger ein bestrittener gewesen, da der Schluß, welchen die Beklagte von dem Nichtfeststehen ihres Antheiles auf die Ungewißheit der klägerischen Antheile gezogen, ein unrichtiger sei.

Die Begriffsverwechslungen, deren sich Z. hier schuldig macht, liegen offen am Tage. Durch die That, also thatsächlich bestritt die Beklagte den wirklichen

Digitized by Google

Antheil der Theilungskläger, wenn sie gegen die Klage einredete, daß die Antheile der *condomini* überhaupt und auch jene ihrer Gegner noch nicht ausgemittelt wären. Mit dieser Einrede stand die That des Bestreitens fest; mit der That selbst darf der Beweggrund zur That, nämlich der von Z. als irrig behauptete Schluß nicht verwechselt werden. Eine Thatsache, die einmal in die Wirklichkeit gekommen ist, besteht nicht weniger, wenn der Beweggrund, der sie hervorrief, irrig war. Es ist daher, da das Gesetz weiter nichts, als die Thatsache, daß das Recht bestritten, nicht aber auch, daß es mit Grund bestritten sei, zu seiner Anwendung erfordert, ganz unerheblich, ob der von der Beklagten gezogene Schluß ein irriger war, oder nicht. — Selbst in Ansehung des Art. 1700 sagt Zachariä:

„Dagegen ist nicht Rücksicht darauf zu nehmen, ob das Recht von der Gegenpartie mit mehr oder weniger Grund bestritten werde."

Es kommt nun noch hinzu, daß der Schluß, welchen die Beklagte Asmut zog, wirklich nicht unrichtig ist.

Die Aufhebung der Ungetheiltheit eines condomini setzt ihrem rechtlichen Wesen nach unbedingt die völlige Gewißheit über die Bruchtheile sämmtlicher condomini voraus. In jure muß daher das Begehren eines condomini als ganz unzulässig verworfen werden, wenn er einen seiner Ansicht nach unbestrittenen Theil herausgetheilt, einen bestrittenen aber noch in suspenso wissen will.

Formulirt er dennoch seine Klage in dieser Art, so hat der Beklagte das Recht zu sagen, die Theilungsklage soll abgewiesen werden, weil die Bruchtheile überhaupt noch nicht liquid seien, ohne dies aber rechtsbeständig die Indivision nicht aufgehoben werden könne. So lange ihm diese Einrede zur Seite steht, hat er nicht nothwendig, sich darüber zu äußern, ob er den vom Kläger eingeklagten, nach dessen Meinung nicht bestreitbaren Antheil als richtig anerkenne oder nicht, da ihm die allgemeinere Einrede zur Zeit genügt.

Dies war nun auch wirklich das System der Beklagten Asmut nach der Z.schen Relation. Darüber, ob sie den eingeklagten Bruchtheil von $^{1203}/_{4020}$ als dem von Kesselstatt'schen Stamme zuständig anerkenne, oder nicht, äußerte sie sich gar nicht, eben, weil sie dieses zur Zeit nicht nöthig hatte, und immerhin noch thun konnte, wenn über ihre präjudizielle Einrede erkannt war. Sie sagte auch nicht, daß die Entscheidung des von ihr erhobenen Proeesses zum Vortheile ihrer Gegner möglicherweise den eingeklagten Bruch von $^{1203}/_{4020}$, worin Z. gerade das Unrichtige des Schlusses finden will, verkleinern könnte; das alles sagt sie nicht, sondern einzig und allein nur dieses, daß zur Zeit noch ein Bruch von $^{102}/_{4020}$ an der gemeinen Sache zwischen ihe und den Klägern streitig sei, daß, bevor dieser Streit rechtskräftig entschieden wäre, die wirklichen Antheile, welche der Beklagten, und ihnen den Klägern zuständig seien, überhaupt noch nicht ausgemittelt seien, daß daher eine Aufhebung der Indivision, wie sie von den Klägern verlangt worden, nicht stattfinden könne, — weil dann die Ungetheiltheit für $^{102}/_{4020}$ bestehen bleiben würde. — Alle diese Schlüsse sind eben so streng logisch, als in jure begründet.

Aus dem Bisherigen ergibt sich nun, daß Z. den von ihm als irrig bezeichneten Schluß, nämlich jenen, daß aus dem Streitigsein von $^{102}/_{4020}$ folge, daß der eingeklagte Bruch von $^{1203}/_{4020}$ eine Verminderung erleiden könne, und darum dieser streitig sei, lediglich der Beklagten Asmut supponirt, daß diese selbst aber sich auf den eingeklagten Antheil gar nicht eingelassen, ihn nicht verbis expressis bestritten, aber ebensowenig auch als richtig anerkannt, wohl aber die Abweisung der erhobenen Klage verlangt hat, weil die wirklichen Theilungsquoten beider Parteien noch nicht ausgemittelt wären. Bei der uns beschäftigenden Frage ist es nun aber nicht von Belang, ob die Beklagte den eingeklagten Bruchtheil bestritten habe, oder nicht, sondern darauf allein kommt es an, ob sie den cedirten Antheil bestritten habe. Man wolle nicht einwenden, daß ja beide identisch seien, da der eine wie der andere $^{1002}/_{4020}$ betrüge. Beide sind keineswegs identisch. So wie Z. den Inhalt des Vertrags referirt, hat der von Kesselstatt'sche Stamm dem Advokaten Rindeschwender principaliter nicht einen Bruchtheil von $^{1203}/_{4020}$ an der Grundherrschaft Neuweiher, sondern den von Kesselstatt'schen Familienantheil schlechtweg verkauft, und diesen nun nebenbei in $^{1203}/_{4020}$ Theile berechnet. Zwischen beiden Fällen besteht ein wesentlicher Unterschied.

Würde principaliter jener Bruch verkauft worden sein,

Digitized by Google

so wäre, wenn der wirkliche von Kesselstatt'sche Antheil mehr betragen hätte, dieses plus in dem Eigenthume der von Kesselstatt'schen Familie beruhen geblieben, während im umgekehrten Falle, der gerade vorliegt, das plus dem Käufer gehörte. Es läßt sich vermuthen und annehmen, daß der Vertrag selbst, welcher in der Z.'schen Relation in dieser Beziehung nicht in extenso mitgetheilt, sondern nur in ein Paar Worten bezeichnet wird, die Absicht der Contrahenten über das Kaufobjekt klar herausstellt.

Sollte die diesseits aus den Worten Z's gefaßte Absicht der Contrahenten in dem Vertrage wirklich seine Bestätigung finden, so ist es klar, daß der cedirte Antheil der dem von Kesselstatt'schen Stamme wirklich gehörige Antheil war, der möglicherweise weniger, möglicherweise auch mehr als $^{1666}/_{4020}$ betragen konnte, letzteres namentlich, wenn der von Frau Asmut erhobene Proceß wegen der $^{702}/_{4020}$ zu ihrem Nachtheil entschieden worden, ersteres, wenn der Bruch von $^{1666}/_{4020}$ aus einzelnen Theilen, die sich bestreiten ließen, componirt wäre.

Daß nun zur Zeit der Cession dieser der von Kesselstatt'schen Familie überhaupt und wirklich zustehende Antheil, so wie er in seiner Allgemeinheit an den Advokaten Rindeschwender verkauft worden ist, zur Zeit des Verkaufs ungewiß und von der Frau Asmut bestritten war, ergibt sich zum Theil daraus, daß sie ihn in der von den Verkäufern erhobenen Theilungsklage ausdrücklich als einen noch gar nicht ausgemittelten qualifizirt, und dieserhalb die Theilungsklage auf Grund von $^{1633}/_{4020}$ abgewiesen haben wollte, zum Theil abee auch daraus, daß in der That in einem separaten Processe unter den Parteien darüber gestritten wurde, ob ein anderer Bruch $^{702}/_{4020}$ der Frau Asmut gehöre, oder ganz, oder theilweise dem von Kesselstatt'schen Antheile zustehe.

b. b. Z. führt weiter an, „von Kesselstatt habe seiner Theilungsklage vom 1. Mai 1836 den für die Frau Asmut möglichst günstigen Ausgang des anhängigen Rechtsstreits zum Grunde gelegt, indem er nur seinen unbestrittenen niedrigsten Antheil mit $^{1366}/_{4020}$ in Anspruch genommen, und von den streitigen $^{702}/_{4020}$ gar keine Erwähnung gethan habe", woraus folgen soll, daß der cedirte Antheil in seiner Größe nicht bestritten gewesen sei. Hiergegen drängt sich nun aber die Bemerkung auf, daß gerade deßhalb, weil die Kläger in ihrer Klage nicht erklärten, daß sie den Asmut'schen Theil zu $^{702}/_{4020}$ anerkennen wollten, weil sie ihn vielmehr gänzlich mit Stillschweigen übergingen, — eben der darüber schwebende separate Rechtsstreit intact, und diese Quote nach wie vor streitig blieb; sodann auch, wie dieses schon einmal bemerkt worden ist, daß in dem von Z. relatirten Factum nichts vorkommt, was auf ein ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntniß der Frau Asmut schließen läßt, daß die eingeklagten $^{1633}/_{4020}$ mindestens und jedenfalls den von Kesselstatt'schen Antheil ausmachten.

c. c. Zuletzt wird gesagt, daß, ehe der Rindeschwender'sche Kaufvertrag de dato 23. Januar 1838 zu Stande gekommen, bereits durch Purifikationsdecret vom 30. Juni 1837 der Asmut'sche Proceß zum Vortheil der Frau Asmut entschieden, und dadurch auch die ihr früher bestrittene Quote von $^{702}/_{4020}$ eine unbestrittene geworden sei.

Nach §. 606 der Bad. Proceßordnung findet gegen eine solche Purifikationsverfügung keine Appellation statt, und es wae daher, wenn das fragliche Decret vom 30. Juni 1837 nicht nur die Existenz der Originalien der in Streit befangenen Testamente als Folge der Eidesverweigerung annahm, sondern auch der Frau Asmut die $^{702}/_{4020}$ Theile zusprach, dieser ihr Antheil rechtskräftig festgestellt. Damit fiel denn auch der von ihr angegebene Grund, aus welchem sie den klägerischen Antheil in der Theilungsklage bestritten haben soll, weg; die Thatsache des Bestreitens selbst blieb aber bestehen, und konnte bei der Wiederaufnahme der Theilungsklage auf jeden andern Punkt gestützt werden. Da nun vor dem Vertrage vom 23. Januar 1838 in der Theilungsklage über die Einrede, daß die Antheile der condomini überhaupt, und auch die der Kläger noch nicht ausgemittelt wären, noch gar nicht erkannt war, so blieb immerhin der cedirte von Kesselstatt'sche Antheil thatsächlich um so mehr bestritten, — als der Bruchtheil von $^{1666}/_{4020}$ überall noch nicht als den Klägern zuständig anerkannt war. Daß selbst Rindeschwender nach dem Purifikationsdecrete vom 30. Juni 1837 den erworbenen und eingeklagten Bruchtheil $^{1666}/_{4020}$ noch für bestritten hielt, geht ganz unzweideutig aus der Z.'schen Relation hervor.

Digitized by Google

Seite 106 der Abhandlung wird nämlich referirt, daß das Hofgericht, nachdem Beklagte Asmut am 12. Mai 1839 die behauptete Untheilbarkeit nachgegeben und in die Versteigerung en bloc eingewilligt, durch einfachen Beschluß vom 16. Mai 1839 den Rechtsstreit für erledigt erklärt habe. Gegen diesen Beschluß erhob Rindeschwender merkwürdigerweise Beschwerde, und auf seine Behauptung, daß mit dieser Erklärung der ganze Rechtsstreit nicht erledigt sei, verfügte das Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 21. Dezember, daß das Hofgericht vorerst

1) „Noch über die Activ-Legitimation des Advokaten Rindeschwender,

2) über den Antheil des Klägers an der Grundherrschaft, und

3) über die Versteigerungsbedingungen Erkenntniß zu geben habe."

Da nun nach der Proceßordnung §. 376 jedes Urtheil auf die Anträge der Parteien beschränkt ist, so muß angenommen werden, daß Rindeschwender selbst seinen Antheil an der Grundherrschaft noch am 21. Dezember 1839 für bestritten hielt, und darüber in seiner Beschwerde Erkenntniß verlangte.

b. Das cedirte Miteigenthumsrecht war endlich auch in einer seiner wesentlichsten Aeußerungen contestirt. Aus der gesetzlichen Natur des condominii folgt das Recht eines jeden condomini, auf eine Theilung im Stück anzutragen, und diese Regel erleidet nur da eine Ausnahme, wo die Natur eine Sache als untheilbar darstellt, oder das Gesetz sie als solche erklärt.

Landrechtssatz 577 b. g.

Auf die von Kesselstatt erhobene Klage, worin er die Ausnahme, die Versteigerung des Gutes, verlangte, hat nun die Beklagte Frau Asmut eingewendet, daß die gesetzlichen Ausnahmsfälle nicht vorhanden seien, und daher die Regel der Stücktheilung eintreten müsse. Zudem stritten die Parteien eventuel über die aufzustellenden Versteigerungsbedingnisse. — Jener Streit, ob Stücktheilung oder Versteigerung gesetzlich zuläßig sei, ist seinem Wesen nach ein Streit über das Rechtsobject, indem er nämlich dahin geht, zu bestimmen, ob der ideale Theil, welcher in der Indivision unmittelbar Gegenstand des condominii ist, durch die Aufhebung der Indivision in einen physischen Theil der gemeinen Sache umgewandelt, oder aber an dessen Stelle ein Theil des Geldwerthes derselben treten soll.

Wie sehr hier die Interessen der Miteigenthümer auseinander gehen können, wie sehr der eine Geld, der andere die Sache in Natur wünschen kann, lehrt den Praetiker die Erfahrung fast in jedem Theilungsproceße.

Es liegt nun gewiß sehr nahe, daß gerade dann, wenn ein Recht in solchen Beziehungen bestritten ist, jede der streitenden Parteien ein Recht auf den gesetzlichen Schutz gegen das Eindringen einer persona potentior haben muß, und daß in einem solchen Falle alle Motive des Landrechtssatzes 1597 vorliegen. Z. ist dagegen der Ansicht, daß dieser Streit in rechtlicher Beziehung unerheblich gewesen sei, indem nicht das Recht und der Anspruch bestritten gewesen, sondern nur eine Schwierigkeit in der Ausübung des Rechts sich ergeben habe. Diese seine Ansicht beruht indessen auf einem irrigen Begriffe über die Bedeutung der Worte droits et actions litigieux in dem Art. 1597 im Verhältnisse zu dem Art. 1699 und 1700, worüber oben das Nöthige gesagt worden ist. Wir wollen hier nur noch hinzufügen, daß überdies zwischen einem solchen Falle, wo die Parteien über die Umwandlung des Rechtsobjektes streitig sind, und dem Falle, in welchem das Recht in allen seinen Beziehungen klar und unstreitig ist, und es sich nur darum handelt, dasselbe gegen den Schuldner durch Execution zu vollziehen, also um eine Schwierigkeit in der Ausübung, ein in die Augen fallender Unterschied ist.

Z. führt nun weiter in facto an, daß die Beklagte am 12. Mai 1839 erklärt habe, sie willige nunmehr in die Versteigerung en bloc ein, und folgert daraus, daß damit, die ursprüngliche Erheblichkeit des Streites auch unterstellt, diese jedenfalls durch die Erklärung beseitigt, und die Anwendbarkeit des Satzes 1597 dargethan sei.

Diese Folgerung ist nicht richtig. Zunächst blieb ja zufolge des Erkenntnisses vom 21. December 1839 (Seite 106) immer noch der Streit über die Versteigerungsbedingungen bestehen. Sodann ist es bei Anwendung des citirten Gesetzes allein nur von Bedeutung, ob das abgetretene Recht zur Zeit des Verkaufs streitig war. Ist es dieses, so war das Geschäft in seiner Entstehung absolut nichtig und es kann nachher nicht blos da-

Digitized by Google

durch, daß die Streitigkeit ex post wegfällt, dann erst wirklich werden.

Wir erinnern hier an den oben in extenso mitgetheilten Delaplace'schen Fall, in welchem der Cassationskläger unter andern Mitteln auch das geltend machte, daß zur Zeit des Notariat-Actes die Erbqualität seiner Clienten nicht mehr streitig gewesen sei. Der Cassationshof verwarf indessen diesen Grund wie alle übrigen.

Schlußbemerkung zu §. 1.

Die Untersuchung der Frage, ob in einem gegebenen Falle das Requisit der Streitigkeit eines verkauften Rechts vorliege, überläßt als quaestio facti dem arbitrio judicis einen großen Spielraum, erfordert aber deßhalb auch die vollständigste Einsicht in alle factischen Nüancen des Falles. Wir für unsern Theil haben uns wie schon oben bemerkt, in thatsächlicher Hinsicht lediglich an die Relation von Z. gehalten, da sie dem rein wissenschaftlichen Zwecke, den Legalbegriff der droits et actions litigieux durch Anwendung auf einen gegebenen Fall möglichst zu erläutern und scharf zu bestimmen, genügte.

Sollte es uns nicht gelungen sein, dem Leser dieser Blätter jeden Zweifel über die Richtigkeit unserer Ansichten zu benehmen, so wirft sich hier am Schlusse noch die allgemeine sehr wichtige Rechtsfrage auf: „für welche der betreffenden Personen, dem Cessionar, oder die ihm gegenüberstehenden Parteien, im Zweifelsfalle die Gunst des Gesetzes streite, gegen welchen von beiden Theilen also in dubio zu entscheiden sei?

Man könnte sagen, der Art. 1597 stelle eine Ausnahme von der allgemeinen Contractsfähigkeit dar, sei strictissimae interpretationis und daher in dubio für den Cessionar zu entscheiden. Die Rechtsregel ist richtig; der aus ihr für unsere Frage gezogene Schluß aber falsch.

Die Frage, welche in dem hier supponirten Falle dem Richteramte vorliegt, ist nicht die, ob das Verbots- oder Ausnahmegesetz auf einen Fall auszudehnen sei, der nicht unter den Wortlaut des Gesetzes falle, sondern die, ob der Richter in dubio sich eine praesumtio *facti* für, oder gegen den Cessionar darüber erlauben dürfe, daß das Recht in der That ein streitiges sei, oder nicht, daß also gerade der Fall des Ausnahmegesetzes vorliege, oder nicht.

Zachariä in seinem Commentare beantwortet daher auch die Frage anders, nämlich dahin, daß die Cessionen, von welchen der Art. 1597 handele, im Zweifel nicht zu begünstigen, in dubio also gegen den Cessionar zu entscheiden sei.

Diese Ansicht ist gewiß die richtige. Alle Personen, wovon der Art. 1597 spricht, sind Rechtskundige, und durch ihre Bildung nicht weniger, als durch ihre practische Erfahrungen geschickt, das Rechtsgeschäft in eine Form einzukleiden, in welcher es auf die möglichst sichere Weise die Absicht des Gesetzes umgehen könne.

Daß sie zu diesem Zwecke den höchsten Grad ihrer Geschicklichkeit und den größten Reichthum ihrer Erfahrung aufbieten werden, ist um so klarer, als sie mit dem Bewußtsein, gegen ein Verbotsgesetz anzugehen, contrahiren. Ihnen gegenüber stehen in der Voraussetzung des Gesetzes rechtsunkundige Personen, die in gutem Glauben handeln und eben deßhalb sich gar nicht vorsehen können.

So oft es daher nicht über jeden ernstlichen Einwand klar ist, daß kein streitiges Recht in medio gelegen habe, muß im Interesse der öffentlichen Moral, der Unbeflecktheit des amtlichen Charakters und der Schutzbedürftigkeit der rechtnehmenden Parteien gegen den Cessionar entschieden werden. Am allermeisten gilt dies für den Advokaten. Die Natur seines Standes bringt ihn stets in einen unmittelbaren Verkehr mit rechtsunkundigen und schutzbedürftigen Parteien, und darum am meisten in die Versuchung, welcher das Gesetz entgegenarbeiten will. Jedermann weiß, welchen Einfluß der Advokat sowohl auf seinen eigenen Clienten als dessen Gegner ausübt. — Die alten Ordonnanzen begnügten sich daher auch den Advokaten und Anwälten gegenüber nicht in allen Fällen damit, die Nichtigkeit ihrer Ankäufe von streitigen Rechten auszusprechen, sondern drohten ihnen auch dann, wenn sie sich von ihren Clienten diejenigen Sachen, welche sie selbst führten, übertragen ließen, eine exemplarische Strafe an, *à peine de punition exemplaire.*

Art. 54 der Ord. d'Orl. von 1560.

Die Redaktoren des Code haben dieses Verbot in den Art. 1597 aus dem einfachen Grunde nicht aufgenommen, weil über die Disziplin der Anwaltschaft und des Barreau in Spezialgesetzen zum Theil schon Vorsehungen getroffen waren, zum Theil noch getroffen werden sollten.

Nach diesen Disciplinargesetzen ist es keinem Zweifel unterworfen, daß auch jetzt noch der ihrer Herrschaft unterworfene Advokat oder Anwalt sich eines Disciplinar-

Digitized by Google

vergehens ſchuldig macht, wenn er ſich den Gegenſtand des Proceſſes, den er ſelbſt führt, ganz oder theilweiſe, oder auch den Proceß ſchlechthin von ſeinem Clienten übertragen läßt. — In dem kaiſerlichen Decret vom 14. Dezember 1810, über die Ausübung der Advokatur und die Disciplin des Barreau, drückt ſich Napoléon über die Intereſſen des Standes in dieſer Hinſicht ſehr ſchön aus.

„Lorsque nous nous occupions de l'organisation de l'ordre judiciaire, une profession dont l'exercice influe puissament sur la distribution de la justice a fixé nos regards; nous avons en conséquence ordonné le retablissement du tableau des avocats, comme des moyens les plus propres à maintenir, *la probité, la délicatesse, le désintéressement, le désir de la conciliation, l'amour de la vérité et de la justice, un zèle éclairé pour les faibles et les opprimés, bases essentielles de leur état.*"

En retraçant aujourd'hui les regles de cette *discipline salutaire dont les avocats se montrèrent si jaloux dans les beaux jours du barreau*, il convient d'assurer en même temps *à la magistrature la surveillance qui doit naturellement lui appartenir sur une profession qui a d'intimes rapports avec elle, nous aurons ainsi garanti la liberté et la noblesse de la profession d'avocat.*

In den Art. 23 und 25 dieſes Decrets heißt es weiter:

art. 23. Le conseil de discipline sera chargé de veiller à la conservation de l'honneur de l'ordre des avocats; de maintenir les principes de *probité et de délicatesse*, qui font la *base de leur profession.*

art. 25. Le conseil de discipline pourra, suivant l'exigence des cas, avertir, censurer, reprimander, entredire pendant un temps qui ne pourra excéder une année, exclure ou rayer du tableau.

In Rheinpreußen hat der Rheiniſche Appellationsgerichtshof zu Cöln dieſe Beſtimmungen auf einen Fall des Art. 1597 des Code Napoléon angewandt, indem er erkannte, daß die theilweiſe Uebertragung des Proceßgegenſtandes einen Vertrag darſtelle, welchen der Art. 1597 des Code den Advokat-Anwälten unterſage, und daß ſie, wenn ſie auch durch kein ſpezielles Strafgeſetz vorgeſehen ſei, dennoch die Delikateſſe verletze, welche nach Art. 23 des Decrets vom 14. Dezember 1810 die Grundlage des Advokatenſtandes ſein ſoll, und daß daher die im Art. 25 deſſelben Decrets angedrohte Rüge platzgreifend ſei.

Confr. Archiv des Civil- und Criminalrechts der Königl. Preußiſchen Rheinprovinzen. — XXVI. 1. S. 80.

Die von Zachariä aufgeſtellte Regel erſcheint daher der Natur der Sache um ſo entſprechender, als ſie die Abſicht des Geſetzes auf das Wirkſamſte unterſtützt. Sie wird Denjenigen, der ſonſt in der Verſuchung ſchwanken möchte, nicht ſelten vor der Uebertretung des Geſetzes behüten; ſie wird ihm in's Gedächtniß rufen, daß ihn auch die geſchickteſte Verdeckung desjenigen, worauf es ankommt, nicht gegen die Ungunſt des Geſetzes und die moraliſche Ueberzeugung des Richters ſchützen wird.

§. II. Reassumptio litis und res judicata.

(§. 8—9 der Abhandlung.)

1. Reaſſumtion des Proceſſes (§. 8).

Die Reaſſumtion eines Proceſſes iſt eine Nebenhandlung in demſelben, und beſteht in der Erklärung eines Nachfolgers, den von ſeinem Vorgänger unvollendet zurückgelaſſenen Rechtsſtreit in ſeiner jetzigen Lage übernehmen zu wollen.

confr. Thibaut (2te Aufl.) Syſtem III. §. 1261. arg. §. 801 der Proceßordnung.

Ein Singularſucceſſor kann nur durch dieſe Reaſſumtion die Proceſſe ſeines Vorgängers überkommen; dagegen iſt ſein Eintritt in dieſelben als Hauptintervenient auf den Grund ſeiner Singularſucceſſion nach §. 100 der Proceßordnung ganz widerſinnig, da dieſe ein ſelbſtſtändiges Recht auf Seiten des Hauptintervenienten unterſtellt, während der Singularſucceſſor ſich gerade nicht auf ein ſelbſtſtändiges, ſondern auf ein von ſeinem Autor abgeleitetes Recht beruft. Wir ſtimmen daher der Anſicht von Z. inſofern ganz bei, als er aufſtellt, daß der Advokat Rindeſchwender in die von ſeinem Autor erhobene und unvollendet zurückgelaſſene Theilungsprocedur nicht als Hauptintervenient, ſondern nur als Litisreaſſument eintreten konnte. In dieſem Sinne hat nun auch das Oberhofgericht erkannt, indem

Digitized by Google

es erwog, daß keine Hauptintervention vorliege, da alle und jede Voraussetzungen dazu nicht vorhanden seien.

(Abhandlung von Z. S. 107.)

Das oberhofgerichtliche Erkenntniß wird nun auch von Z. eigentlich nicht darum, weil es die Hauptintervention verworfen, sondern deßhalb als unrichtig bezeichnet, weil es sich an der irrthümlichen Qualification, die sich Rindeschwender beigelegt, gehalten, und nicht vielmehr selbst die Handlung desselben für dasjenige genommen habe, was sie in jure wirklich gewesen, nämlich für eine Reassumtion des Processes. Wenn man jedoch mit dieser Ausführung von Z. dasjenige vergleicht, was er Seite 107 seiner Abhandlung selbst von dem oberhofgerichtlichen Erkenntnisse anführt, so überzeugt man sich, daß entweder seine Relation nicht richtig, oder seine Argumentation ohne Gegenstand ist. Loco citato heißt es nämlich:

„Der oberste Gerichtshof ging bei diesem seinem Urtheile von folgenden Gründen aus:

1) Es liege keine Hauptintervention vor.
2) Betrachte man aber den Advokaten Rindeschwender als Rechtsnachfolger, so sei derselbe nicht zur Sache legitimirt."

Hiernach hat also das Oberhofgericht nicht allein die Frage erörtert und entschieden, ob Rindeschwender die Qualität eines Hauptintervenienten habe, sondern hat selbst seine Qualifikation verbessert, seine Handlung als die Aufnahme des Processes aus einer Rechtsnachfolge betrachtet, jedoch ihn hierzu wegen Richtigkeit seines Titels für nicht legitimirt erachtet. — Wenn nun aber Z. weiter behauptet, das Oberhofgericht habe den Advokaten Rindeschwender als Rechtsnachfolger des Grafen von Keffelstatt zur Fortsetzung des Rechtsstreites zulassen sollen, da in seinem produzirten Kaufvertrage „die voll auf genügende" Sachlegitimation zu seinem Eintritte gelegen habe, so enthält diese Behauptung eine petitio principii, da ja gerade das Oberhofgericht den Kaufvertrag als nichtig erklärte, und deshalb die Sachlegitimation als eine gar nicht genügende betrachten mußte. Wenn man daher den Inhalt des §. 8., nach dem man die in der Theorie nicht streitigen und vom Oberhofgerichte auch befolgten processualischen Rechtssätze ausscheidet, auf seinen wahren Bestand reduzirt, so ist weiter darin nichts gesagt, als: „ich habe in den §. 4 — 7 nachgewiesen, daß dem Rindeschwender'schen Kaufvertrag die Einrede der Nichtigkeit nach dem Landrechtssatz nicht entgegen stehe, daß daher auch das Oberhofgericht in dem 2. Alternative, wo es den Advokaten Rindeschwender als Rechtsnachfolger betrachtet, denselben als zur Sache legitimirt hätte erklären sollen."

2. Res judicata. (§. 9.)

Ueber dasjenige, was in diesem §. noch Thatsächliches der rechtlichen Deduction vorausgeschickt wird, haben wir in unserm §. I. an der geeigneten Stelle das Nöthige gesagt. Wir gehen daher sofort zur Frage über, ob einer neuen Theilungsklage, welche Rindeschwender etwa in eigenem Namen erheben mögte, die exceptio rei judicatae auf Grund der obgedachten Erkenntnisse entgegen stehe?

Die Antwort auf diese Frage kann nur in dem Landrechtssatze 1351 gefunden werden. Diese Gesetzesstelle lautet:

„Die Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung erstreckt sich nur auf das, was Gegenstand des Streites war. Um sich auf solche beziehen zu können, muß der Gegenstand der Klage überall derselbe sein, die Klage auf demselben Grunde beruhen, der Proceß unter denselben Parteien geführt werden, auch für und wider sie in gleicher Eigenschaft statt haben."

Die Anwendung dieser Gesetzesstelle auf unsere Frage erfordert nun die Feststellung:

a. Was Gegenstand der neuen Klage sei, auf welchem Grunde sie beruhe, unter welchen Parteien sie geführt werde, und in welcher Eigenschaft sie für und wider die Parteien geführt werde?

b. Was Gegenstand der frühern Klage war, auf welchem Grunde sie beruhte, unter welchen Parteien sie geführt worden, nnd in welcher Eigenschaft die Parteien sie für und wider geführt haben?

(Schluß folgt).

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe den 25. November 1843.

I.

1) Der Landrechtssatz 1597 handelt nicht allein von Processen, streitigen Rechten und Ansprächen, welche unkörperliche Sachen zum Gegenstande haben, sondern auch von solchen Processen, streitigen Rechten und Ansprüchen, deren Objekt eine körperliche Sache ist, und zwar in dem einen wie in dem andern Falle, ohne zu unterscheiden, ob die Sache eine bewegliche oder liegenschaftliche Natur hat.

2) Kriterien der Streitigkeit eines Rechtes oder eines Klageanspruches im Sinne des Satzes 1597 und der res judicata im Sinne des Satzes 1315 des Landrechts.

(Schluß.)

Ueber a.

Da diese neue Klage eine Fiction ist, so muß diese Fiction auch näher in ihren factischen Bestandtheilen aufgestellt werden. — Es wird angenommen, daß Rindeschwender auf Grund seines Kaufvertrags gegen die Frau Asmut eine neue Theilungsklage in eigenem Namen erhebt, und die Beklagte ihm vor Allem die Aktivlegitimation zur Sache auf Grund des Landrechtssatzes 1597 bestreitet. Mit diesem Bestreiten der Aktivlegitimation entsteht sofort ein Inzident, eine Nebensache, d. h. ein neuer und besonderer Rechtsstreit, welcher der Hauptsache, der erhobenen Klage, präjudizirt.

a. a. Gegenstand der Hauptsache wäre sodann die Theilung der Grundherrschaft Neuweiher, der Grund derselben das Miteigenthum des Klägers, Parteien in derselben der Advokat Rindeschwender als Kläger, und die Frau Asmut als Beklagte, die Eigenschaft, in welcher Rindeschwender klagte, würde seine Qualität als Singularsuccessor seiner Verkäufer, und jene der Beklagten ihre Qualität als Miteigenthümerin aus ihrem Erwerbtitel sein.

b. b. Gegenstand der Nebensache wäre sodann nach der Rechtsregel: reus excipiendo fit actor, das Petitum der Beklagten, den Advokaten Rindeschwender qua Rechtsnachfolger des Gräfl. von Kesselstatt'schen Stammes für nicht legitimirt zu erklären, der Grund derselben würde auf der Nichtigkeit des Vertrages, wodurch Rindeschwender dem von Kesselstatt'schen Stamm in sein Recht gefolgt sein will, mit Rücksicht auf den Satz 1597 beruhen, Parteien die Frau Asmut und der Advokat Rindeschwender sein, die Eigenschaft, worin sie pro et contra rechten, wäre bei der Frau Asmut ihre Qualität als Beklagte, Miteigenthümerin, bei Rindeschwender seine Qualität als Rechtsnachfolger seiner Verkäufer.

Ueber b.

a. a. Hauptsache. Gegenstand der frühern Klage war ebenfalls die Theilung der Grundherrschaft Neuweiher, —

der Grund, worauf sie beruhete, ebenfalls das Miteigenthumsrecht des (ursprünglichen, und des an seine Stelle getretenen) Klägers, —

Parteien des Processes waren der Graf von Kesselstatt, und ebenfalls der an seine Stelle getretene Advokat Rindeschwender als Kläger und die Frau Asmut als Beklagte, —

die Eigenschaft, worin Rindeschwender an die Stelle des Klägers trat, war ebenfalls seine Folge in das Recht des Klägers, seine Singularsucces-

Digitized by Google

sion und die der Frau Asmut, in welcher wider sie geklagt wurde, ihre Qualität als Miteigenthümerin aus ihrem Erwerbtittel.

b. b. Nebensache.

Gegenstand derselben war das Petitum der Frau Asmut, daß der Advokat Rindeschwender als Rechtsnachfolger des Gräflich von Kesselstatt'schen Stammes für nicht legitimirt erklärt werde,

Grund derselben, die Richtigkeit des Vertrags, wodurch Rindeschwender dem von Kesselstatt'schen Stamm in seine Rechte gefolgt sein will, mit Rücksicht auf den Satz 1597,

Parteien waren Frau Asmut und der Advokat Rindeschwender, —

die Eigenschaften derselben bei der Frau Asmut die Qualität als Beklagte Miteigenthümerin, bei Rindeschwender seine Qualität als Rechtsnachfolger seines Verkäufers.

Wenn nun die beiden Erkenntnisse vom 18. August 1841 und 7. Januar 1842 nach der Z'schen Relation (Seite 106) dahin formulirt sind:

„erkennt zu Recht,

daß der als Rechtsnachfolger des Gräflich von Kesselstatt'schen Stammes aufgetretene Advokat Rindeschwender für nicht legitimirt zu erklären sei,"

so ist es bis zur Evidenz klar, daß, da bei der neuen Theilungsklage sowohl in der Hauptsache, als in dem Inzidentprocesse alle Requisite des Satzes 1351 identisch sind mit den entsprechenden in der frühern Theilungsklage, und zwar sowohl in der Hauptsache als in der Nebensache, — in der neuen Theilungsklage die Präjudizialfrage über die Activ-Legitimation des Klägers als bereits rechtskräftig zu seinem Nachtheile entschieden erklärt werden müßte.

Wir haben nun noch zwei Bemerkungen hinzuzufügen.

Die erste besteht darin, daß man wohl keinen Anstoß daran nehmen wird, daß die frühere Theilungsklage im Namen des Grafen von Kesselstatt angestellt war, die neue aber im Namen von Rindeschwender erhoben werden soll. Zunächst wird man nicht übersehen, daß Rindeschwender auch in der frühern Klage in eigenem Namen eintrat (Abh. v. Z. S. 106), mit diesem seinem Eintritt in eigenem Namen erst der Präjudicial-Inzident über seine Activ-Legitimation entstand, und daher jedenfalls rücksichtlich dieses hier erheblichsten Zwischenprocesses eine vollkommene Identität in beiden Fällen vorhanden ist. Sodann aber auch ist es in Rücksicht der Identität der Parteien von gar keinem Einfluß, daß die alte Klage in ihrer Erhebung auf einen andern Namen lautet, als die neue lauten soll. Der Singularsuccessor stellt in Beziehung auf dasjenige Rechtsverhältniß, in welches er succedirt, juristisch mit seinem Autor Eine Person dar, und so wenig es daher rücksichtlich der Identität der Parteien verschlagen könnte, wenn eine und dieselbe Person einmal eine Klage auf den Namen Titus, nachher eine neue Klage auf den Namen Cajus erheben würde, ebensowenig ist es daher auch für unsere Frage von Bedeutung, daß ein und das nämliche Rechtsindividuum bei Erhebung der einen Klage Graf von Kesselstatt geheißen hat, bei der neuen aber Advokat Rindeschwender heißen soll.

Die zweite Bemerkung betrifft den Umstand, daß Z. Seite 112 den tenor sententiae anders referirt, als Seite 106, und daraus Folgerungen ableitet.

Während es nämlich Seite 106 heißt:

erkennt zu Recht, daß der als Rechtsnachfolger des Gräfl. von Kesselstatt'schen Stammes aufgetretene Advokat Rindeschwender für nicht legitimirt zu erklären sei,

lautet die Erkenntnißformel Seite 112 so:

„daß der als Rechtsnachfolger des Gräfl. von Kesselstatt'schen Stammes aufgetretene Advokat Rindeschwender zur Fortsetzung des gegenwärtigen Rechtsstreites in eigenem Namen für nicht legitimirt zu erklären sei."

Der Unterschied der Worte springt in die Augen; das Wesen der Sache ist indessen überall dasselbe. — Die Erkenntnißformel, wie sie so eben angeführt ist, enthält ihrem logischen Inhalte nach zwei Sätze:

1) daß der als Rechtsnachfolger des v. Kesselstatt'schen Stammes aufgetretene Advokat Rindeschwender als solcher nicht legitimirt sei;
2) daß er daher auch nicht als solcher den fraglichen Rechtsstreit fortsetzen könne.

Es ist ihm also in dieser Erkenntnißformel ebenso allgemein seine Activlegitimation abgesprochen, als in der

Digitized by Google

andern, und Z. selbst muß dieses angenommen haben, als er bei Relation des tenor sententiae Seite 106 die Zwischenworte: „zur Fortsetzung des gegenwärtigen Rechtsstreites in eigenem Namen“ als ganz überflüssig ausgelassen, und die Nichtlegitimation *qua* v. Kesselstatt'scher Rechtsnachfolger, als das allein Erhebliche in demselben aufgenommen hat.

Will man aber auch die Formel Seite 112 in ihrer Wortverbindung belassen, so fragen wir, welchen Inhalt die Worte „für nicht legitimirt“ haben? — Die Worte „nicht legitimirt“ stellen einen festen Rechtsbegriff dar, und sind daher auch identisch mit dem Begriffe, den sie ausdrücken.

Die Activlegitimation eines Klägers zur Erhebung einer Klage besteht darin, daß das Recht, auf dessen Verfolgung geklagt wird, dem Kläger wirklich zuständig ist.

Die Aktivlegitimation eines Singularsucceſſors zur Wiederaufnahme eines Proceſſes beſteht darin, daß er das Recht, auf deſſen Verfolgung die Klage gerichtet war, durch einen rechtsbeſtändigen Erwerbgrund an ſich gebracht habe. Wird nun in einem gegebenen Falle die Activlegitimation zur Fortſetzung eines Proceſſes auf Grund einer Singularſucceſſion beſtritten, und das Gericht erklärt ſodann den Wiederaufnehmer des Proceſſes zu deſſen Fortſetzung für nicht legitimirt, ſo iſt dieſes gleich mit: „erklärt, daß er das Recht durch einen rechtsbeſtändigen Erwerb nicht erworben habe.“ Auf den vorliegenden Fall angewandt, beſtand daher die Activlegitimation des Grafen v. Keſſelſtatt bei Erhebung der Klage darin, daß ihm ein Miteigenthum an der Grundherrſchaft Neuweiher wirklich zuſtehe, die Activlegitimation des Advokaten Rindeſchwender, welcher jene Klage als Singularſucceſſor des Grafen v. Keſſelſtatt fortſetzen wollte, darin, daß er das Miteigenthumsrecht des v. Keſſelſtatt'ſchen Stammes durch ſeinen Vertrag vom 23. Januar 1838 als einen rechtsbeſtändigen Erwerbgrund an ſich gebracht hatte.

Subſtituirt man nun dieſen Begriff ſeinem gleichen Worte: „legitimirt“, in die Formel: „erkennt zu Recht, daß der als Rechtsnachfolger des v. Keſſelſtatt'ſchen Stammes aufgetretene Advokat Rindeſchwender zur Fortſetzung des gegenwärtigen Rechtsſtreites in eigenem Namen für nicht legitimirt zu erklären ſei“

ſo erhält man den Satz:

erkennt zu Recht, daß der als Rechtsnachfolger des von Keſſelſtatt'ſchen Stammes aufgetretene Advokat Rindeſchwender das Miteigenthumsrecht des von Keſſelſtatt'ſchen Stammes an der Grundherrſchaft Neuweiher durch ſeinen Vertrag vom 23ten Januar 1838 rechtsbeſtändig nicht erworben hat.

Z. ſtellt nun auf, es habe ſich in dieſem Zwiſchenfalle lediglich nur um die proceſſualiſche Frage gehandelt, ob Rindeſchwender den bereits begonnenen Theilungsproceß fortſetzen könne, und daß in einer ſolchen Zwiſchenverhandlung doch nicht ſo nebenbei über eine Hauptfrage z. B. gar über das Eigenthum mit entſchieden werden könne. Dieſe Einwendung erſcheint nicht haltbar. Weder die Beklagte Asmut hat ihr Petitum blos dahin geſtellt, daß das Gericht erklären wolle, Rindeſchwender könne den begonnenen Proceß nicht fortſetzen, noch auch hat das Gericht blos erkannt, daß Rindeſchwender den Proceß in eigenem Namen nicht fortſetzen könne; vielmehr wurde verlangt, Rindeſchwender möge unter Vernichtung ſeines Vertrages für nicht legitimirt zur Fortſetzung erklärt werden, und das Gericht hat auch für Recht erkannt, daß er zur Fortſetzung für nicht legitimirt zu erklären ſei.

Warum endlich Inzident-Punkte nicht auch ſollen das Eigenthum zum Gegenſtande haben können, läßt ſich nicht gut einſehen. Wenn dem Negatorienkläger von dem Beklagten ſeine Activ-Legitimation, alſo beſtritten wird, daß er Eigenthümer des fundus ſei, auf welchen die Beklagte eine Servitut in Anſpruch nimmt, ſo entſteht ein präjudicieller Inzident und zu deſſen Erledigung eine Zwiſchenverhandlung, welche weſentlich über das Eigenthum entſcheidet.

Wir ſchließen hier unſere Kritik mit dem aufrichtigen Wunſche, daß, wenn derſelbe Fall bei den Großherzoglichen Gerichten neuerdings zur Entſcheidung kommen ſollte, unſere Gründe nur im Intereſſe der Wiſſenſchaft eine Abwägung und Würdigung, der Fall ſelbſt aber eine Entſcheidung finden möge, wie es die Gerechtigkeit verlangt; indem wir blos dieſes wünſchen, ſind wir ebenſoweit davon entfernt, eine Wiederanwendung des Landrechtsſatzes 1597 zu hoffen, als die Nichtanwendung desſelben zu befürchten.

Digitized by Google

II.

Iſt zur Erwerbung von Liegenſchaften für einen Minderjährigen obervormundſchaftliche Genehmigung erforderlich?

Während das Landrecht über die Veräußerung der einem Minderjährigen gehörenden Liegenſchaften genaue Vorſchriften gibt, läßt es gänzlich unbeſtimmt, ob, und unter welchen Bedingungen die Erwerbung von Liegenſchaften für einen Minderjährigen Statt finde.

Was folgt aus dieſem Schweigen des Geſetzes? Iſt eine ſolche Erwerbung gar nicht zuläſſig? Iſt ſie in das freie Ermeſſen des Vormunds geſtellt? oder iſt ſie endlich an beſondere Bedingungen geknüpft?

§. 1.

Die meiſten franzöſiſchen Rechtslehrer nehmen folgende Anſicht an:

Das Geſetz verpflichtet den Vormund im Allgemeinen, die Mündelgelder anzulegen (Art. 455), über die Art dieſer Anlegung gibt es aber keine Vorſchriften; aus Art. 450 folgt nur, daß er hierbei als guter Hausvater verfahren, alſo die nutzbringendſte und ſicherſte Art der Anlage wählen muß; ſeinem freien Ermeſſen iſt daher überlaſſen, jene Gelder auch zum Ankauf von Liegenſchaften zu verwenden. Der Ermächtigung des Familienraths bedarf er hierzu nicht, wenn ihm auch die Vorſicht rathen mag, dieſelbe einzuholen, um ſich gegen jede künftige Verantwortlichkeit zu ſichern.

Uebrigens iſt eine ſolche Erwerbung, inſofern ſich dabei der Vormund weder Gefährde noch grobe Fahrläſſigkeit hat zu Schulden kommen laſſen, für den Minderjährigen vollkommen rechtsverbindlich, und er kann ſie nach erreichter Großjährigkeit aus dem Grunde allein nicht anfechten, weil der Vormund ohne Ermächtigung des Familienraths gehandelt habe.

Duranton, Cours de droit civil, édit. de Bruxelles 1841. Tom. II. §. 568—570.

Dalloz, Jurisprud. du XIX. siècle, Tom. XXVII. M. Tutelle, Chap. II. sect. IX. art. II. §. II. Nr. 38.

„Le tuteur peut acquérir des immeubles sans l'autorisation du conseil de famille, quoi-qu'il serait mieux qu'il la requît. Le Code lui défend d'aliéner, mais non d'acquérir; car il est dans l'esprit de la loi, que l'on convertisse le mobilier en immeubles."

Devilleneuve Jurispr. du XIX. Siècle (Paris 1841) pag. 981. Tutelle §. 9. Nr. 38.

Zachariä Handbuch, 4te Ausg., Band I. S. 242. Anm. 20. „Die Art, wie er (der Vormund) das Geld anzulegen hat, iſt ſeinem Ermeſſen überlaſſen. In zweifelhaften Fällen wird er klüglich den Familienrath befragen."

Favard de *Langlade* Répert. Tom. V. Tutelle. §. 9. Nr. 11. „Les collocations se font ordinairement avec caution ou hypothèque, ou en achetant des immeubles. Pour éviter la critique de ces actes, le tuteur peut consulter la famille."

Toullier le droit civil, Tom. II. §. 1221 erwähnt der Ordonnance von 1560, welche im Art. 102 feſtſetzte, daß die Anlegung der Mündelgelder „d'après avis des parents homologué" geſchehen müſſe, und bemerkt dann weiter:

„Si l'on ne trouve dans le Code aucune disposition sur ce point, il n'en faut pas conclure que le tuteur soit dégagé de toute responsabilité, et libre d'employer, comme il lui plait, les deniers du mineur . . .

„Dans le silence du Code ces questions sont abandonnées à la prudence du Magistrat. Le tuteur qui aurait négligé de consulter le conseil de famille, ... devrait être jugé avec rigueur.

Einige Schriftſteller ſprechen dem Familienrathe das Recht ab, dem Vormund hierüber maaßgebende Vorſchriften zu ertheilen, weil erſterer nur dazu berufen ſei, die Verwaltung des Vormunds zu überwachen, nicht aber, ſelbſtthätig daran Theil zu nehmen.

Pailliet Manuel du droit, pag. 138—139 der neueſten Ausgabe.

Boileux Comment. Tom. I. pag. 241.

Dagegen ſtellt das neueſte Lehrbuch (von *Marcadé*, élémens du droit civ. fr., Paris et Leipzig 1842. Tom. II. pag. 716) den Satz auf, zunächſt habe der Familienrath die Art der Anlegung zu beſtimmen, und nur wenn er dieß unterlaſſe, habe der Vormund hierüber zu entſcheiden, dabei aber für jede Nachläſſigkeit oder Unvorſichtigkeit zu haften.

Einer tiefer gehenden Unterſuchung vom Standpunkte des badiſchen Rechts iſt unſere Frage bisher nicht unterworfen worden; dieß dürfte den gegenwärtigen Ver-

Digitized by Google

ſuch rechtfertigen, und dem Verfaſſer Anſpruch auf nachſichtige Beurtheilung geben.

Brauer Erläut. Bd. VI. Nr. 6 ſagt, ohne nähere Begründung, dem Vormund ſei ein „vernünftiger" Liegenſchaftserwerb ohne Beſchränkung erlaubt.

Trefurt Civilr. S. 46 und Baurittel Handbuch Bd. I. S. 903 wiederholen lediglich dieſe Bemerkung.

Es dürfte ſich aber nachweiſen laſſen, daß nach Badiſchem Rechte die Frage ſich weſentlich anders, als nach Franzöſiſchem, geſtaltet, daß nach erſterm die Erwerbung von Liegenſchaften keineswegs dem Ermeſſen des Vormunds überlaſſen iſt, ſondern — wenigſtens in wichtigeren Fällen — obervormundſchaftliche Genehmigung erfordert.

§. 2.

Sehen wir zunächſt auf den Wortlaut des Landrechtsſatzes 455, ſo finden wir hierin einen weſentlichen Unterſchied zwiſchen dem franzöſiſchen Urterte und unſrer officiellen Ueberſetzung. In erſterm heißt nämlich die betreffende Stelle ſo:

„Ce conseil (de famille) déterminera positivement la somme, à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation *d'employer* l'excédant des revenus sur la dépense."

Das Landrecht dagegen ſagt:

„dieſer Familienrath ſoll auch beſtimmen, bei welcher Summe der Vormund die Uebererſparniß auf Zins zu legen habe."

Der Code civil gebraucht den ganz allgemeinen Ausdruck *employer*, welcher jede Art der Anlegung umfaßt. Daraus, daß er keine einzelne Art derſelben ausſchließlich vorſchreibt, folgern die franzöſiſchen Juriſten wohl mit Recht, daß er dem Ermeſſen des Vormunds hierin freien Spielraum habe laſſen wollen. Das Landrecht dagegen hat dieſen allgemeinen Ausdruck nicht beibehalten, ſondern weiſt den Vormund beſtimmt an, die Uebererſparniß auf Zinſen zu legen, d. h. zu verzinslichen Darleihen zu verwenden.

Zwar ſcheint es, nach der oben angeführten Stelle der Brauer'ſchen Erläuterungen, einigermaßen zweifelhaft, ob der Ausdruck „auf Zins legen" wirklich in dem hier angegebenen engern Sinne gebraucht worden ſei. Allein wenn man erwägt, daß das Wort employer (oder faire emploi) in einer Menge andrer Stellen des Landrechts ganz entſprechend mit „anlegen" oder „wieder anlegen" überſetzt iſt, z. B. in den Sätzen 126, 1066, 1433, 1434, 1450, 1553, 1558, 1559, ſo muß man annehmen, daß der im Satz 455. gebrauchte Ausdruck „auf Zins legen" abſichtlich gewählt worden ſei, um etwas anderes auszudrücken, als das franzöſiſche employer, weil ſonſt kein Grund denkbar wäre, warum der Geſetzgeber nicht jenes ganz richtige Wort auch hier beibehalten haben ſollte. Dieſe andre Bedeutung kann aber, dem Sprachgebrauche nach, keine andre ſein, als die oben bemerkte, für welche in dem Zuſatz 127. b. und in den Sätzen 602 und 603 die offenbar ganz ſynonymen Worte „verzinslich anlegen" gebraucht ſind.

Es wird hierdurch ein Rechtsgeſchäft bezeichnet, deſſen unmittelbarer und nächſter Zweck die Gewinnung von Zinſen iſt; im Gegenſatze zu ſolchen Rechtsgeſchäften, welche nicht unmittelbar auf Zinsertrag gerichtet ſind, ſondern ihn erſt durch Vermittelung eines weitern Rechtsgeſchäfts möglich machen; die Verwendung von Geldern auf Liegenſchaftserwerb iſt in dieſem Sinne keine „Anlage auf Zins," weil zur Erzielung von Zinſen erſt noch ein weiteres Rechtsgeſchäft z. B. die Verpachtung nothwendig iſt.

Ein ſchlagender Beweis für dieſe Auslegung ergibt ſich ferner aus den Sätzen 1065—1067. In dem erſten dieſer Sätze iſt beſtimmt, daß die beim Tode eines Erblaſſers, der eine Aftererbſchaft angeordnet hat, vorhandene Baarſchaft ſowie der Erlös aus verkauften Fahrniſſen verzinslich angelegt werden ſolle; hinſichtlich der ſpäter erfolgenden Einnahmen an Activforderungen iſt dagegen im Satz 1066 zuerſt nur im Allgemeinen verordnet, daß ſie angelegt werden ſollen, und erſt im Satz 1067 wird näher beſtimmt, daß dieſe Anlage nach der Vorſchrift des Erblaſſers, und in Ermanglung einer ſolchen zur Erwerbung von Liegenſchaften oder Unterpfandsbriefen geſchehen ſolle. Der Unterſchied zwiſchen beiden Ausdrücken tritt hier um ſo deutlicher hervor, da ſie in zwei unmittelbar hinter einander folgenden Sätzen gebraucht ſind, wodurch die Abſicht des Geſetzgebers, durch jeden von ihnen etwas Anderes auszudrücken, ganz augenſcheinlich wird.*)

*) Nach dem Urterte ſteht die Sache freilich ganz anders. Hier iſt nicht nur in beiden Sätzen 1065 und 1066 daſſelbe Wort faire emploi gebraucht, ſondern die Verbindung zwiſchen ihnen durch das Wort pareillement zu Anfang des letztern Satzes noch beſonders hervorgehoben, ſo daß dann der Art. 1097 allerdings auf

Indem nun das Gesetz dem Vormund die erwähnte besondere Art der Anlegung allein gebietet, entzieht es ihm folgeweise die Befugniß, irgend eine andre Art derselben selbstständig zu wählen.

Ferner scheint der Ausdruck „Uebererſparniß" einer genauern Prüfung zu bedürfen.

Zwar versichert Brauer Erl. Bd. I. S. 319. Bd. VI. S. 14, daß dieser Ausdruck absichtlich gewählt worden sei, weil er „so gut auf eingehende entbehrliche Kapitalgelder, wie auf Renten sich schicke," um den aus der Fassung des Grundtextes (l'excédant des revenus sur la dépense) entstandenen Zweifel zu beseitigen, als ob der Satz nicht auch von eingehenden Vermögenstheilen als z. B. abgekündeten Kapitalien, Verkaufspreisen u. s. w. handle. Allein wenn es wirklich die Absicht des Gesetzgebers war, auch von Wiederanlegung flüssig gewordener Bestandtheile des Stockvermögens zu sprechen, so hat er gewiß einen Ausdruck gewählt, der dieser Absicht durchaus nicht entspricht. Uebererſparniß ist nach dem Wortsinne und Sprachgebrauch nichts Anderes, als der nach Bestreitung sämmtlicher Ausgaben verbleibende Ueberſchuß aus den laufenden Einkünften, wodurch also eine Vermehrung des Vermögens entsteht. Einnahmen, die z. B. im Erlöse verkaufter Güterstücke oder in heimbezahlten Kapitalien bestehen, die also nur auf einer Aenderung in der Art der Vermögenstheile beruhen, ohne den Betrag des Vermögens zu erhöhen, können sicher nicht als Ersparniß oder Uebererſparniß bezeichnet werden. Ist nun die angegebene Bedeutung des Wortes „Uebererſparniß" die richtige, so muß sie auch der Auslegung unseres Landrechtssatzes zu Grunde gelegt werden, da die Absicht des Gesetzes zunächst aus seinen Worten erkannt werden muß, und nur dann, wenn sie hieraus sich nicht unzweifelhaft ergibt, der Fall zur Anwendung von Auslegungsmitteln, die außerhalb des Gesetzes liegen, gegeben ist.. Der aus den Worten des Gesetzes sich ergebende Sinn muß aber um so gewisser dann als der wirkliche Gedanke des Gesetzgebers anerkannt werden, wenn er mit dem Geiste der ganzen betreffenden Lehre übereinstimmt; gerade dies dürfte aber von der angeführten Deutung leicht zu zeigen sein (s. §. 3.).

§. 3.

Nach den Ergebnissen der bisherigen grammatischen Auslegung des Landrechtssatzes 455. ist nämlich der Vormund überhaupt nicht befugt, Mündelgelder auf irgend eine andre Weise, als zu verzinslichen Darleihen, anzulegen. Sollte aber angenommen werden können, daß er auch zu selbstständigen Liegenschaftserwerbungen befugt sei, so wäre ihm dieß doch nur unter der Voraussetzung gestattet, daß er die hierzu nöthigen Mittel in den dispon ibel vorliegenden Ueberſchüſſen der laufenden Einnahmen fände. Hiernach wäre durch jenen Satz weder der Fall entschieden, wenn es sich von Wiederanlegung flüſſig gewordener Theile des Stockvermögens handelt, noch jener, wenn eine Liegenschaft auf Credit erworben, also der Preis aus künftigen Einnahmen, nicht aus gegenwärtigen verfügbaren Ueberschüssen, bezahlt werden soll.

Die Frage, ob die Erwerbung von Liegenschaften in diesen beiden Fällen zu den Befugnissen des Vormunds gehöre, muß in Ermangelung eines speciellen gesetzlichen Ausspruchs aus der Natur des vormundschaftlichen Amtes beantwortet werden.

Der Vormund ist nur Verwalter des Mündelgutes, er hat kein Verfügungsrecht über dasselbe. Nun hat zwar das Gesetz eine genaue Grenzlinie zwischen denjenigen Handlungen, die zur Verwaltung gehören, und solchen, die eine Verfügung enthalten, nicht gezogen;*) aus der Natur der Sache aber und den Beispielen von Verfügungshandlungen, welche in den Sätzen 457. und folgende aufgeführt sind, dürfte sich etwa folgende Begriffsbestimmung ableiten lassen:

---

beide vorhergehende Sätze bezogen werden muß. Das Landrecht weicht aber hierin vom Urtexte ab, und es muß, will man den Bearbeitern desselben nicht eine sehr große Ungenauigkeit im Ausdruck Schuld geben, angenommen werden, daß die Worte „verzinslich anlegen" und einfach „anlegen" nicht im nämlichen Sinne gebraucht wurden, daß mithin der Art. 1067. nur auf den Art. 1066. zu beziehen ist. Letzteres wird dadurch noch wahrscheinlicher, daß im Art. 1068 gesagt ist „die in den vorhergehenden Sätzen vorgeschriebene Anlage", im Art. 1067. aber nur einfach „die Anlage" (im Grundtexte cet emploi); hätte der Gesetzgeber den Satz 1067 ebenso, wie den Satz 1068, auf beide frühere Sätze beziehen wollen, so hätte er diese Beziehung auch in dem einen Falle eben so deutlich, wie in dem andern ausdrücken müssen. A.

*) Es hat sogar mehrmals — z. B. in den Sätzen 1421 und 1549 — das Wort „verfügen" in der Bedeutung von „verwalten" gebraucht. A.

Digitized by Google

„Das Recht der Verwaltung umfaßt diejenigen Handlungen, welche die Erhaltung und Vermehrung des Mündelvermögens, sowie die Erlangung eines seiner Beschaffenheit und seinem Betrage entsprechenden Einkommens aus demselben zum Zwecke haben, insofern sie ohne Veräußerung oder Belastung des Grundstockvermögens und ohne Aenderung in der Art seines Bestandes ausführbar sind; Verfügungshandlungen dagegen sind diejenigen, welche die ebengedachten, außer dem Rechte der Verwaltung liegenden, Wirkungen haben. *)

Zur Verwaltung gehört unter Anderm die Anlegung der Ueberschüsse aus den laufenden Einkünften. An und für sich umfaßt sie allerdings auch das Recht, diese Ueberschüsse zur Erwerbung von Liegenschaften zu verwenden, weil hierdurch das Grundstockvermögen — zu welchem jene Ueberschüsse noch gar nicht gehören — weder veräußert odee belastet, noch in der Art seines Bestandes geändert wird. Allein der badische Vormund ist selbst in der Ausübung dieser Befugniß theils durch die im Landrechtsatz 455 enthaltene Weisung, die Ueberschüsse nur „auf Zinsen zu legen", theils durch das unserm Vormundschaftsrecht eigenthümliche Institut der Obervormundschaft (§. 4) beschränkt.

Dagegen enthält die Erwerbung von Liegenschaften, soll sie aus flüssig gewordenen Theilen des Grundstock-Vermögens geschehen, eine Veränderung in der Art seines Bestandes, soll sie aber auf Credit geschehen, eine Belastung desselben, setzt also in beiden Fällen eine Verfügungsgewalt voraus, welche dem Vormund nicht zusteht.

Die im Landrechtsatz 455 gebrauchte Ausdrucksweise, wodurch dem Vormund nur das Recht zur Verwendung der Ueberschüsse aus laufenden Einkünften in beschränkter Maaße eingeräumt, das zu Geschäften der ebengedachten Art aber folgeweise entzogen ist, erscheint hiernach dem Wesen der vormundschaftlichen Verwaltung vollkommen angemessen, die in §. 3 versuchte grammatische Deutung des Wortes „Uebererspariß" mithin auch vom Standpunkte der logischen Auslegung gerechtfertigt.

Welcher Werth auch im Allgemeinen den Brauer'schen Erläuterungen beizulegen sein mag, so dürfte ihnen doch die aus der ersten Erkenntnißquelle für den Willen des Gesetzes, nämlich aus dessen Wortlaut und Geist, sich ergebende Auslegung, wenn sie, wie in vorliegendem Falle, mit jenen im Widerspruch steht, unbedenklich vorzuziehen sein. †)

§. 4.

Zu ähnlichen Resultaten führt das, der ganzen badischen Vormundschaftslehre zum Grunde liegende, Princip der staatspolizeilichen Ueberwachung und Leitung. Im grellem Gegensatze zu dem französischen Rechte, welches die Controle über die Geschäftsführung des Vormunds fast allein der Familie des Mündels überläßt, hat der Badische Gesetzgeber das in ganz Deutschland seit Jahrhunderten eingeführte Institut der Obervormundschaft beibehalten, wonach Staatsbehörden von Amts wegen für Bestellung der Vormünder zu sorgen, über deren Verwaltung fortwährende Aufsicht zu führen und bei allen wichtigern Rechtsgeschäften mitzuwirken haben.

II. Einf. Ed. §. 5. ††)

Zu diesen wichtigeren Rechtsgeschäften wurde nun im gemeinen deutschen Rechte stetshin auch der Ankauf von Liegenschaften gezählt. †††)

Er wurde dieß, obgleich unsere älteren Landesgesetze

*) Vgl. Zachariä Band I §. 113. Bauritttel Band. I. S. 894. Beide Schriftsteller definieen die Verwaltung ohne den obigen beschränkenden Beisatz, in dem doch allein die Merkmale liegen, welche sie von dem Verfügungsrecht unterscheiden. Zur Abwehr von Mißverständnissen der von mir versuchten Definition möge noch die doppelte Bemerkung dienen, einmal daß die Veräußerung der beim Antritt der Vormundschaft vorhandenen Fahrniß dadurch eben so wenig, als der Einzug ausstehender Kapitalsforderungen von dem Rechte der Verwaltung ausgeschlossen ist, und zwar ersteres, weil solche Fahrniß dem Grundstockvermögen noch nicht förmlich einverleibt ist, und letzteres, weil die Annahme einer Zahlung keine Veräußerung ist; ferner, daß unter der Bestandart des Vermögens nicht die physische Beschaffenheit der einzelnen Stücke, sondern die gesetzliche Natur derselben (im Sinne der Sätze 516 und folgende) zu verstehen ist. Die Aenderung dieser Bestandart wird auch in den Sätzen 223 und 1421 als etwas in dem Rechte zur Verwaltung nicht Begriffenes, ihr vielmehr Entgegengesetztes, bezeichnet. A.

†) Vergl. Stabel Vorträge S. 89.

††) Unter der „in unsern Landen bisher bestandenen Pflegschaftsordnung", die hiernach auch ferner bestehen soll, ist nicht etwa ein für alle Theile des Großherzogthums gültiges Gesetz über das Vormundschaftswesen, sondern nur der Grundsatz der Obervormundschaft, im Gegensatz zu den Prinzipien des Landrechts, zu verstehen. Ein Gesetz jener Art existirte nicht, der erwähnte Grundsatz aber fand sich in allen ältern Particular-Gesetzgebungen.

Vergl. das Baden-Badische Landrecht Th. IV. Tit. 24.

Churpfälz. Vormundschaftsordnung XVIII. u. XIX. A.

†††) Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, 6te Ausg. (Regensburg 1843) §. 423.

Digitized by Google

sich hierüber nicht besonders aussprechen, gewiß auch bei uns, weil auch hier überall die Regel angenommen war, daß zu jedem wichtigeren Geschäfte des Vormunds die Genehmigung der Obervormundschaft erforderlich sei,*) und weil der Erwerb von Liegenschaften unbestreitbar zu den bedeutendsten Rechtsgeschäften gehört, welche in der Verwaltung eines Vormundes vorkommen können.

Die eben angeführte Regel ist in unserer neuern Gesetzgebung ausdrücklich wiederholt.

Die Aemterorganisation von 1809 weist in §. 20. lit. g. die Aemter an,

„Liegenschafts-Veräußerungen, Kapitalaufnahmen, Vergleiche und andere wichtige Geschäfte des Bevormundeten . . . zu prüfen und nach Befinden zu bestätigen"

und die Waisenrichter-Ordnung vom 18. April 1810 bestimmt in §. 4:

„Bei allen Handlungen der Vormünder von besonderer Wichtigkeit für die Minderjährigen, besonders bei Geldaufnahmen, Liegenschaftsverkauf, Güterverfätzen und dergleichen, sollen sie (die Waisenrichter) ihr Gutachten gewissenhaft abgeben."

Die Fassung dieser beiden Gesetzesstellen läßt keinen Zweifel übrig, daß jedes wichtigere Geschäft obervormundschaftlicher Genehmigung bedarf, und daß die ausdrücklich benannten Geschäfte nur als Beispiele aufgestellt sind.

Hierdurch erhält unser Vormundschaftsrecht eine ganz andre Grundlage, als das französische. Nach diesem leidet das Prinzip, daß der Vormund den Mündel in allen bürgerlichen Rechtsgeschäften zu vertreten habe (Landrechtsatz 450), nur einzelne, von dem Gesetz ausdrücklich und bestimmt angegebene Ausnahmen, welche als solche keiner Ausdehnung fähig sind; bei uns dagegen ist jenes Prineip selbst durch die angegebene Regel untergraben.

Ob nun ein bestimmtes Geschäft (z. B. ein Liegenschaftskauf) zu den wichtigen zu zählen sei, läßt sich nicht durch allgemeine objective Merkmale bestimmen, sondern ist von der Obervormundschaftsbehörde nach den Umständen des einzelnen Falls zu entscheiden.* Die Vorsicht gebietet daher dem Vormund sowohl als seinem Mitcontrahenten, in jedem Falle, auch wenn er ihnen nach den Verhältnissen des Mündels nicht wichtig dünken sollte, die obervormundschaftliche Zustimmung einzuholen und so das Geschäft gegen künftige Anfechtung zu sichern, weil sie nie gewiß sein können, ob die Staatsbehörde jener Ansicht beistimmen werde.

§. 5.

Man wird nun hiergegen einwenden, der Geist des Gesetzes sei liegenschaftlichem Erwerb entschieden günstig, verlange also Erleichterung, nicht Erschwerung desselben.

„Das Gesetz", sagt z. B. *Duranton* §. 570, „will, daß Liegenschaften eines Minderjährigen nur wegen unbedingter Nothwendigkeit in Geld verwandelt werden sollen, das so leicht verloren geht; es bezeugt hierdurch seine gerechte Vorliebe für diese Art von Gütern; wenn nun der Vormund Geld gegen Liegenschaften umtauscht, so handelt er ja gerade im Sinne des Gesetzes, und das ist der Grund, warum ihm dieses keine besondere Förmlichkeit für solche Geschäfte vorgeschrieben hat."

Allein wenn auch das Gesetz gute Gründe hatte, die Veräußerung solcher Liegenschaften zu erschweren, welche einem Minderjährigen durch Erbschaft oder Schenkung angefallen sind, weil sich vermuthen läßt, daß seine Rechtsvorfahrer den Besitz derselben vortheilhaft gefunden haben, und daß mithin auch die Beibehaltung derselben im Interesse des Mündels liege, so sprechen doch keineswegs dieselben Gründe dafür, die Mündelgelder vorzugsweise auf neuen Liegenschaftserwerb zu verwenden. Vielmehr sind Liegenschaften — namentlich Gebäude — im Allgemeinen ein mißliches Besitzthum für Minderjährige, weil ihre Verpachtung fast nie eine dem landesüblichen Zinsfuße gleiche Rente abwirft, weil sie ferner im Besitze von Pachtern sich gewöhnlich verschlechtern, ihre unmittelbare Bewirthschaftung aber ohne Schaden kaum möglich ist. Der Erwerb von Liegenschaften aus Mündelgeldern verdient daher gewiß keine besondere Begünstigung, er sollte deshalb stets nur mit besonderer Vorsicht, nach der genauesten Prüfung aller Verhältnisse, vorgenommen werden.*)

Die Vorsicht, welche bei Veräußerung von Liegenschaften angewendet wird, ist bei Erwerbungen nicht weniger nothwendig, weil hier der Gegenstand eben so bedeutend sein kann, und auch hier die gröbste Gefährdung der Minderjährigen möglich ist, gegen welche ihnen die Verantwortlichkeit des Vormunds nur einen dürftigen Schutz gewährt. Daraus allein, daß das Gesetz will, es solle zur Veräußerung von Liegenschaften nicht leichthin geschritten werden, folgt nicht einmal eine entschiedene Vorliebe desselben für liegenschaftlichen Besitz, weil ein bedächtiges Verfahren schon durch die Wichtigkeit des Gegenstandes geboten war. Jedenfalls aber geht diese Vorliebe nicht so weit, daß ihr das Interesse des Mündels geopfert werden dürfte. Selbst die Veräußerung von Liegenschaften ist ja gestattet, wenn der augenscheinliche Vortheil des Minderjährigen es verlangt; warum sollte nicht eine gleich sorgfältige Erwägung eintreten, wenn es sich davon handelt, Gelder, die auf andre Weise nutzbringender und eben so sicher angelegt werden könnten, auf liegende Güter zu verwenden, wenn es sich also fragt, ob eine solche Erwerbung dem Mündel „augenscheinlichen Nutzen bringen" werde?

Karl Ammann.

*) So sagt z. B. die Hofraths-Instruction §. 136 „alle wichtigeren Contracte der Vormünder bedürfen Consens des Hofrathscollegii."

*) Man beruft sich wohl auch auf L. R. S. 1067, um den besondern Werth darzuthun, welchen das Gesetz auf liegenschaftlichen Besitz lege.

Allein, wenn es auch hier die Erwerbung von Liegenschaften gestattet, so hat es doch zugleich durch Satz 1068 dafür gesorgt, daß eine solche Erwerbung nicht ohne besondere Vorsicht und Controle stattfinde. Gerade dieß ist es aber, was mir auch bei der Anlegung von Mündelgeldern zu gleichem Zwecke nothwendig scheint. A.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro. 48. Karlsruhe den 2. Dezember 1843.

1.

Urtheil. Zustellungsbeurkundung.

1) Der Bescheid des §. 723 der Proceßordnung erfordert zu seiner Rechtsbeständigkeit: daß die Urschrift sowohl die Erfordernisse des §. 378 der Proceßordnung als den Ausspruch des Rechtsnachtheils des §. 723 enthalte.

2) Die Zustellungsbeurkundung erfordert zu ihrer Gültigkeit: daß sie das Jahr, in welchem, und die Person, an welche die Einhändigung geschehen sein soll, enthalte.

Hofgericht des Unterrheinkreises III. Civ. Sen. Urtheil vom 23. September 1843.

Strauß gegen Kappes.

Auf den Rücken der Ausfertigung eines bedingten Zahlbefehls vom 25. Juni 1841, wodurch dem Beklagten die Zahlung von 300 fl. sammt Zinsen vom 5. Februar 1841 aus Darlehen mit Frist von 28 Tagen aufgegeben worden war, und welchen der Gerichtsbote, nach der darauf befindlichen Beurkundung, dem Beklagten am 4. Juni 1841 zugestellt hatte, wurde verfügt:

Auf Anrufen

Beschluß.

1. Liquid-Erkenntniß mit Frist von 21 Tagen.
2. Nachricht dem Kläger.
3. Inf. Schein zu den Acten.

Adelsheim am 6. Juli 1841.

Gr. B. Amt.

Unterhalb dieser Verfügung beurkundete der Gerichtsbote Götz:

inf. d. 23. Juli

Götz.

Auf abermaliges Anrufen des Klägers wurde am 22. März 1842 dem Beklagten die Zahlung mit Frist von 21 Tagen bei Vermeidung der Vollstreckung aufgegeben.

Unterhalb dieser Verfügung beurkundete der Gerichtsbote:

inf. 29. April

Götz.

Am 13. Mai 1842 erschien die Frau des Beklagten vor Gericht und erhob, Namens ihres kranken Mannes, Einwand gegen die Forderung, weil dieselbe unrichtig sei, worauf der Richter beide Parteien vorlud.

In der Tagfahrt vom 12. Juli 1842 erklärte der Beklagte:

der Zahlbefehl vom 28. Mai 1841 und das Liquid-Erkenntniß vom 6. Juli 1841 seien weder ihm, noch seiner Frau, noch irgend Jemand von seiner Familie zugestellt worden. Der unbedingte Befehl vom 22. März 1842 sei am 8. Mai 1842 seinem Schwiegervater und zwar durch den Gemeindediener Leiser zugestellt worden, dadurch habe er erst von der Anforderung des Klägers Kenntniß erhalten, er widerspreche die Forderung nochmals, und bitte um Wiederherstellung gegen den Beschluß vom 6. Juli 1841 und um Aufhebung des Beschlusses vom 22. März 1842.

Der Kläger erklärt hierauf:

er wisse nicht, ob die früheren Beschlüsse dem Beklagten nicht zugestellt worden seien; er halte an

Digitized by Google

dieſelben; er glaube, daß die Wiederherſtellung nicht zu ertheilen ſei; und ſtelle die Entſcheidung dem richterlichen Ermeſſen anheim.

Nachdem der hierauf einvernommene Gerichtsbote Götz auf Dienſtpflicht erklärt hatte:

daß er den Zahlbefehl ausweislich ſeines Inſinuationsbuches am 4. Juni 1841, und daß er das Liquid-Erkenntniß ausweislich ſeines Inſinuationsbuches, ſowie der Beurkundung in den Acten am 23. Juli 1841 dem Beklagten ſelbſt zugeſtellt habe;

Verfügte der Richter am 18. Januar 1843.

Hat es bei dem Verſäumungs-Erkenntniſſe vom 6. Juli 1841 und bei der Verfügung vom 22. März 1842 ſein Verbleiben zu behalten, und wird

dem Beklagten zur Zahlung der klägeriſchen Forderung von 300 fl. nebſt Zins vom 5. Februar 1841 an eine letzte Friſt von 21 Tagen bei Executionsvermeiden gegeben.

Der Beklagte führte hiergegen die Berufung bei dem Großh. Hofgerichte des Unterrheinkreiſes ein, und bat um Aufhebung der unterrichterlichen Beſcheide vom 6. Juli 1841 vom 22. März 1842. und vom 18. Januar 1843.

Während die Berufung anhängig war, bat der Beklagte den Unterrichter um Unterſuchung darüber:

ob der Gerichtsbote Götz am 6. oder 7. Mai 1842 dem Gemeindediener Leiſer die Verfügung vom 22. März 1842 ſammt darauf geſetzter Beurkundung: „inſ. 29. April Götz" zur Zuſtellung an den Beklagten übergeben habe? und ob der Gemeindediener Leiſer hierauf jene Verfügung am 8. Mai 1843 dem Schwiegervater des Beklagten zugeſtellt habe?

Der Unterrichter entſprach dieſer Bitte, worauf Gemeindediener Leiſer am 2. März 1843, nach vorheriger Beeidigung, jene Fragen mit der Abänderung bejahte, daß er den früheren Beſchluß der Frau des Schwiegervaters zugeſtellt habe, und bemerkte: der Beklagte habe ihn früher erſucht, in ſeiner Abweſenheit, die gerichtlichen Decrete für ihn in Empfang zu nehmen.

Auch Gerichtsbote Götz mußte dieß zugeben, wobei er zu ſeiner Entſchuldigung behauptete, der Beklagte habe ihn beauftragt: die gerichtlichen Beſchlüſſe dem Gemeindediener jeweils zu übergeben.

Bei der Begründung der Berufung ging der appellantiſche Anwalt davon aus, daß es

1) an der Rechtsbeſtändigkeit des Liquid-Erkenntniſſes fehle:

a. weil es an einem Protokolle darüber fehle, daß der Kläger um Erlaß des Liquid-Erkenntniſſes gebeten habe; §§. 222—224 der Proceßordnung;

b. weil es an einer genügenden Beurkundung über die Zuſtellung des Zahlbefehls fehle, da der Name deſſen, dem ſie geſchehen ſein ſoll, nicht angegeben ſei; §. 263 der Proceßordnung confr. §. 723 der Proceßordnung;

c. weil die Urſchrift jenes Erkenntniſſes weder die Namen noch die Rollen der Parteien, weder den Forderungstitel noch den Betrag der Forderung enthalte; das Erkenntniß überhaupt nicht in extenso in die Acten niedergeſchrieben ſei. §. 378. 723 der Proceßordnung.

2) Fehle es an der Rechtsbeſtändigkeit des unbedingten Befehls vom 22. März 1842, weil die in den Acten befindliche Beurkundung nicht angebe, was behändigt worden ſei? in welchem Jahr — und an wen dieß geſchehen ſei? Die nachträglich erhobene Beurkundung reſp. Erklärung des Gerichtsboten ſei ohne rechtliche Bedeutung, da das Inſinuationsbuch — abgeſehen davon, daß die Beurkundungen häufig ſchon am Vorabend des Tages, an welchem die Zuſtellungen gemacht werden ſollen, in daſſelbe eingetragen würden — ein der Proceßordnung nicht bekanntes Inſtitut ſei. Dieſe habe nur jenen Beurkundungen der Gerichtsboten öffentlichen Glauben ertheilt, welche bei der Einhändigung auf die Ausfertigung (§. 267 der Proceßordnung) und jenen, welche ſofort nach der Einhändigung in die Acten (§. 269 der Proceßordnung) niedergeſchrieben ſei. Es ſei um ſo unſtatthafter den der Glaubwürdigkeit der Gerichtsboten durch das Geſetz gezogenen Kreis zu erweitern, ja! wie es ſchon geſchehen ſei, bloßen Gedächtnißbeurkundungen Glauben zu ſchenken, als die mit der Wichtigkeit des Dienſtes der Gerichtsboten außer allem Verhältniſſe ſtehende niedere Bezahlung derſelben Urſache ſei, daß es unſeren Gerichtsboten nur zu oft an der intellectuellen, ja an der moraliſchen Fähigkeit zu dem Dienſte fehle, und man ſich daher dringend veranlaßt ſehen müſſe, ſtreng am Geſetz zu halten, und das Ver-

Digitized by Google

mögen der Staatsbürger nicht noch mehr dem Leichtsinn und der Unfähigkeit dürftigst bezahlter Leute Preis zu geben. Hierzu komme denn noch in der vorliegenden Sache, daß Gerichtsbote Götz gerade unter jene unfähige Gerichtsboten gehöre, da er nach den, in den Acten enthaltenen, Beurkundungen kaum schreiben könne, und geständig eine pflichtwidrige Beurkundung ausgestellt habe.

3) Der Einwand vom 13. Mai 1842 gegen die Forderung des Klägers enthalte implicite die Bitte um Restitution; und damals sei die Frist hierzu nach Lage der Acten noch im Laufe gewesen. Es bedürfe übrigens gar keiner Wiederherstellung noch Bitte um solche, da das Liquid-Erkenntniß nichtig sei.

Der Appellationsrichter hob den Bescheid vom 18. Januar 1843 auf, seine Gründe sind Folgende:

Das Liquid- resp. Versäumungserkenntniß vom 6. Juli 1841 ist zwar in sofern rechtmäßig erlassen, als über die Zustellung des bedingten Zahlungsbefehls gesetzmäßige Bescheinigung des Gerichtsboten vorlag, und die darin anberaumte Frist ohne Widerspruch von Seiten des Beklagten abgelaufen war. Dagegen aber ist die Beschaffenheit dieses Erkenntnisses von der Art, daß dasselbe nicht zu Recht bestehen kann.

Der amtliche Beschluß vom 6. Juli 1841 enthält nämlich nicht einmal den Ausspruch des in dem bedingten Zahlungsbefehl angedrohten Rechtsnachtheils, wie dieses der §. 723 der Proceßordnung vorschreibt, ebensowenig entspricht derselbe den allgemeinen Erfordernissen eines jeden Urtheils §. 378 der Proceßordnung, oder eines demselben darin gleichstehenden unbedingten Befehles, indem darin weder die Namen der Parteien, noch deren Wohnort und processualische Eigenschaft, noch der Streitgegenstand, d. i. die Summe bezeichnet ist, zu deren Zahlung der Beklagte angewiesen werden wollte.

Uebrigens müßte der Beklagte, wenn der Beschluß vom 6. Juli 1841 aus den oben gedachten Gründen nicht aufgehoben wäre, doch gegen denselben in den vorigen Stand wiederhergestellt werden, weil aus der Bescheinigung des Gerichtsboten mit den Worten: „insinuirt den 23. Juli" — dem §. 268 der Proceßordnung entgegen, — nicht entnommen werden kann, ob und wann diese Insinuation an den Beklagten geschah, weil daher dessen Wiederherstellungsbitte vom 12. Juli 1842, zumal der Kläger in seiner Vernehmlassung darauf ein anderes nicht behaupten und beweisen konnte, immer noch rechtzeitig eingekommen war.

Aus demselben Grunde konnte auch dem Beklagten nicht, wie es durch Verfügung vom 22. März 1842 geschah, eine unbedingte Zahlungsfrist anberaumt werden, weil selbst dann, wenn das fragliche Erkenntniß an und für sich als rechtsbeständig betrachtet werden wollte, es immerhin an dem Beweise von dessen Rechtskraft fehlt, und nur unter deren Voraussetzung sich dieselbe würde rechtfertigen lassen.

Aus diesen Gründen mußte der Beklagte durch die unterrichterliche Verfügung vom 18. Januar d. J. für beschwert erachtet, dieselbe wie geschehen abgeändert, und der Kläger gemäß §. 169 der Proceßordnung in die Kosten beider Instanzen verfällt werden.

v. Engelberg.

II.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Kirchenbaupflicht, und über die Wirksamkeit von Verträgen gegen Dritte.

(Gemeinde Mühlbach gegen die Stadt Eppingen.)

Im Jahre 1546 verkaufte der geistliche Wilhelmiter-Orden sein Klösterlein sammt der dabei befindlichen Kapelle zu Mühlbach mit allen Gütern, Einkünften, Utensilien, Ornaten, um 600 fl. an die Stadt Eppingen zu Eigenthum, welche seither diese Kirche nach Bedarf repariren ließ.

Die Gemeinde Mühlbach verlangt nun im Weg der Klage, daß die Stadt Eppingen auf den Grund und Boden der bisherigen Klosterkirche zu Mühlbach eine neue auf ihre Kosten baue, und für die Zukunft in gutem Stand erhalte. Sie gründet dies Begehren auf folgende Thatsachen:

Die Kirche sei baufällig, ein Theil eingestürzt, so daß der Gottesdienst in einem Privathaus abgehalten werden müsse, die G. K. Regierung habe den Bau einer neuen angeordnet. Die Baupflicht der Beklagten sei im Kaufvertrage ausdrücklich übernommen („in gutem Bau und Wesen erhalten") seither auch erfüllt worden, aber seit 20 Jahren nicht mehr in gehörigem Maaße, so daß hiedurch der Verfall herbeigeführt und nach den Bestim-

Digitized by Google

mungen über Entschädigung (L. R. S. 1142) die Verbindlichkeit zum Neubau erwachsen sei.

Im Jahre 1816 — 17 habe die Beklagte ein neues Pfarrhaus, ein Accessorium der Kirche, erbaut, und hiedurch die Baupflicht auch hinsichtlich der Hauptsache anerkannt.

Die Beklagte ließ sich dahin vernehmen: sie widerspreche die Baufälligkeit, nur 5 Steine im Chor seien ausgefallen, was sich leicht repariren lasse. Der Gottesdienst werde zwar in einem Privathause gehalten, aber eine Nothwendigkeit liege dazu nicht vor. Der Beschluß der G. K. Regierung sei ergangen, aber der Beklagten nicht gehörig eröffnet, berühre sie also nicht. Sie läugne die Nothwendigkeit eines Neubaues, sowie die angegebene Vertragsclausel. Was die Beklagte mit dem Wilh. Orden verabredet hat, daraus könne die Klägerin, als eine dritte Person, weder Rechte noch Verbindlichkeiten ableiten. So lange die Mühlbacher den Gottesdienst in der Klosterkirche besucht hätten, sei dies nur duldungs- und gutthatsweise geschehen. Keinesfalls enthalte die Pflicht zur Erhaltung auch die zu einem Neubau.

Sollte übrigens die Beklagte, was widersprochen werde, eine unrechte That in der unterlassenen Reparatur begangen haben, so würde die Entschädigung nicht in einem Neubau bestehen, sondern schlimmsten Falls nur in einer Summe für die Zeit, wo bei gehöriger Unterhaltung die Kirche noch brauchbar geblieben wäre. Es fehle an einer Verzugssetzung. Auch sei Schuld mit Schuld wettzuschlagen, weil Klägerin den Dachstuhl Jahre lang mit Ziegeln und Ziegelstücken beschwerte, L. R. S. 1148.

Die Thatsache, daß die Beklagte 1816—17 ein neues Pfarrhaus baute, sei richtig, begründe aber kein „unzweideutiges Anerkenntniß einer Verbindlichkeit zum Kirchenbau."

Das Bezirksamt legte der klagenden Gemeinde Mühlbach sowohl in Bezug auf die angegebene Vertragsclausel als auch in Bezug auf den Verfall der Kirche, die Nothwendigkeit eines Neubaus und die Unterlassung der verlangten Reparaturen den Beweis auf. Die Ergebnisse der Beweisführung können jedoch, da in der endlichen Entscheidung die Klage als unbegründet angesehen wurde, hier umgangen werden.

Das Erkenntniß des Bezirksamts Eppingen vom 23. August 1841 geht dahin:

Die klagende Gemeinde Mühlbach sei mit ihrem am 12 Mai v. J. klagend geltend gemachten Anspruch gegen die Stadt Eppingen auf Bau einer neuen Kirche für die Klägerin zu Mühlbach an die Stelle der alten nach näherer Anordnung der Verwaltungsbehörden, und auf Ersatz der etwa von der Klägerin während dieses Rechtsstreites auf Weisung der Verwaltungsbehörden zu verwendenden Auslagen zum Kirchenbau — unter Verfällung in alle Kosten abzuweisen. —

Dieses Erkenntniß wurde am 29. März 1842 von dem Hofgericht des Mittelrheinkreises bestätigt.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

„Die Gemeinde Mühlbach gründet ihr Klagbegehren auf folgende Thatsache:

1) Die Klosterkirche sei baufällig, ein Theil eingestürzt, so daß der Gottesdienst in einem Privathause abgehalten werden müsse, und die Großh. Kreisregierung habe den Bau einer neuen für nothwendig erklärt. — Nun enthalte aber der zwischen dem Wilhelmiter-Orden und der Stadt Eppingen abgeschlossene Kaufcontrakt ausdrücklich die Bestimmung:

> „daß Bürgermeister und Rath zu Eppingen dieses Klösterlein mit seinem Zugehör in gutem Bau und Wesen erhalten, die gestifteten Aemter und Gottesdienste als bisher geschehen, und die Stiftungsvermögen nach christlicher Ordnung halten und versehen lassen" ꝛc.

Diese Bestimmung sei zu Gunsten der klägerischen Gemeinde getroffen, und enthalte die Uebernahme der Verbindlichkeit zur Erhaltung und nöthigenfalls zur neuen Erbauung der Kirche.

Allein mit Recht verweigert die Beklagte den verlangten Neubau. Denn abgesehen von der hier immer noch zweifelhaften Thatfrage, ob das Klösterlein mit Kapelle eine Ortspfarrkirche, worin pfarrliche Handlungen zu verrichten sind, oder vielmehr nur eine Nebenkirche sei, und daher den Bestimmungen des Kirchenbaueditts vom 26. April 1808 §. 16 unterliege; — abgesehen ferner von der Frage, ob die Verbindlichkeit zur Erhaltung in gutem Bau und Wesen auch die Obliegenheit zum Neubau in sich schließe (vergleiche dagegen Landrechtssatz. 578), ist die Klage jedenfalls verwerflich, weil Verträge nur unter den Vertragspersonen wirken, einem Dritten aber weder nützen noch schaden können, — ein Grundsatz, welcher, nach dem

Digitized by Google

zur Zeit des Kaufabschlusses gültigen Römischen Rechte, wie nach dem badischen Landrechte gilt, und im vorliegenden Falle um so mehr zur Anwendung kommen muß, als der Vertrag von 1546 nicht einmal ausdrückt, daß die oben angeführte Clausel zu Gunsten der Klägerin bedungen worden sei, der ihr daraus erwachsende Vortheil vielmehr nur als eine Folge des Vertrags, nicht als ein Geding desselben erscheint.

2) Legte hiernach der Vertrag keine Verpflichtung zur Unterhaltung oder zum Neubau — der Klägerin gegenüber — auf, so ist sie auch nicht befugt, nach den Grundsätzen über Entschädigung einen Neubau zu verlangen, wenn auch die Beklagte den Verfall des Klösterleins, und damit die Nothwendigkeit eines Neubaus herbeigeführt hätte, denn so wie der Vertrag seine Wirkung nicht auf die Klägerin erstreckt, so kann diese auch keine Rechte aus der unterbliebenen Erfüllung des Vertrags ableiten.

3) Ebenso wenig ist die von der Beklagten zugestandene Thatsache — daß sie im Jahr 1817 ein neues Pfarrhaus in Mühlbach erbaute — geeignet, die Klage zu begründen. Denn es fehlt an jeder gesetzlichen Grundlage zu dem Schlusse, daß der zur Nebensache (dem Pfarrhaus) Baupflichtige auch rücksichtlich der Hauptsache (der Kirche) der Baulast sich zu unterziehen habe. Vielmehr gebietet die Auslegungsregel, daß singuläre Gesetze streng zu interpretiren und auf die ausgedrückten Fälle zu beschränken seien, das Gegentheil. Der Grundsatz nämlich, welchen das Kirchen-Baudikt aufstellt, daß die bloße Thatsache, daß jemand einmal einen Bau oder eine Hauptausbesserung desselben auf seine Kosten bestritten habe, die Baulast für alle Zukunft begründe, ist höchst singulär und läßt keine Ausdehnung, am wenigsten aber eine solche zu, daß derjenige, welcher ein Pfarrhaus baue, dadurch genöthigt werde, auch die Kirche zu bauen. Dies würde die Rechtsregel: accessorium sequitur principale — unzuläßiger Weise umkehren.

Aus diesen Gründen muß bestätigend erkannt, und der unterliegende Theil auch in die Kosten des Processes verfällt werden. Proceßordnung § 169.*)

Y.

*) Dieses Urtheil wurde unterm 27. Jänner 1843. auch vom Oberhofgericht bestätigt, und zwar unter Annahme der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe.

III.

1) Ist ein Vergleich zwischen einem Gläubiger und dem Gläubigerausschusse oder dessen Mehrheit für die Gantmasse verpflichtend?

2) Muß der Richter die älteren Provinzialrechte unseres Vaterlandes von Amtswegen kennen?

3) Enthält die Landesöffnung der vormaligen Grafschaft Bonndorf eine allgemeine Gütergemeinschaft?

4) Kann daraufhin bei einer jetzt ausbrechenden Gant die Ehefrau des Gemeinschuldners die Hälfte der am 31. Dezember 1811 vorhandenen gemeinschaftlichen Liegenschaften als Einbringen zurückfordern?

Joseph G. und seine Ehefrau, Cäcilie geb. Th. verehlichten sich im Jahre 1799 zu B. einem zur Reichsherrschaft Bonndorf gehörigen Orte, und ihr Ehevertrag vom 14. November 1799 bestimmte:

> §. 1. „Nimmt der Hochzeiter die Hochzeiterin auf das von seinem Vater Johan G. pro 500 fl. känflich überlassene Taglöhnergütle mit oder ohne Leibeserben mit allen Recht und Gerechtigkeiten auf und an."

An diesem Ehevertrage haben die Eheleute bis zum 1. Januar 1822 nichts geändert und im Jahre 1839 kam der Ehemann in Gant.

Die Ehefrau verzichtete auf die Gemeinschaft und forderte als Einbringen aus der ehemännlichen Gantmasse zurück die Hälfte der einzeln benannten Liegenschaften, welche von beiden Eheleuten am 31. Dezember 1811 besessen wurden, oder, soweit eine Theilung nicht möglich sei, die Hälfte des in einer Steigerung zu erzielenden Erlöses. Sie begründete diesen Anspruch mit den Sätzen, daß in der Reichsherrschaft Bonndorf die allgemeine Gütergemeinschaft landesgesetzlich und allgemein üblich war, daß nach Einführung des Landrechtes gemäß dem Einf. Ed. §. XII. 3 und der Rechtsbelehrung vom 26. Februar 1812 (Regierungsblatt Nr. 10. S. 57) die Sache so anzusehen sei, als ob die früher bestandene allgemeine Gütergemeinschaft am 31. Dezember 1811 aufgelöst worden wäre und die Ehefrau ihren Antheil an der Gemeinschaft, die Hälfte des vorhandenen Vermögens,

Digitized by Google

somit auch die Hälfte der damals gemeinschaftlichen Liegenschaften, am 1 Januar 1812 in die neugesetzliche Gemeinschaft eingebracht hätte.

Der Gantanwalt bestritt die von klägerischer Seite aufgestellten Rechtssätze, beantwortete mit Nichtwissen, ob die Eheleute bis zum 1. Januar 1812 die bezeichneten Liegenschaften im Besitze hatten, und gab die weiteren Anführungen als richtig zu, insbesondere auch, daß in der Reichsherrschaft Bonndorf die allgemeine Gütergemeinschaft gesetzlich und gebräuchlich war.

Der Gantrichter legte der Klägerin den Beweis der allein bestrittenen Thatsache auf und erkannte in dem Ganturtheile nach ihrem Begehren. Die Gantmasse appellirte und bat um ein abänderndes Urtheil dahin, daß die Klägerin abgewiesen werde. Das Appellationsgericht ordnete nach Proceßordnung §. 1215 mündliche Verhandlung an und in der anberaumten Tagfahrt erklärten die beiderseitigen Anwälte, daß die Sache verglichen sei.

Bald darauf verlangte der Anwalt der Gantmasse die Wiederaufnahme der Verhandlungen, was zu den Ergebnissen führte, daß außer dem Massepfleger fünf Personen als Gläubigerausschuß aufgestellt waren, daß vier Mitglieder des Ausschusses dem Massepfleger unumschränkte Vollmacht zum Abschlusse eines Vergleiches mit der Klägerin ertheilt, daß der Massepfleger und einer der Vollmachtgeber einen Vergleich abgeschlossen hatten, wonach die Gantmasse der Klägerin baare 3300 fl. bezahlen und diese auf alle weitere Ansprüche verzichten solle, endlich, daß das fünfte Mitglied des Gläubigerausschusses, welches überall nicht mitgewirkt hatte, für seine Person nicht Gläubiger, sondern nur Gewalthaber für andere Gantgläubiger war.

Bei der Berathung erhoben sich die in der Ueberschrift aufgestellten Fragen.

Die erste derselben wurde mit allen Stimmen verneint, jedoch aus verschiedenen Gründen. Auf einer Seite ging man davon aus, daß der Gläubigerausschuß die Gesammtheit der Gläubiger in allen Beziehungen vertrete, somit auch ohne besondere Ermächtigung befugt sei, Vergleiche abzuschließen, in wie fern die Gesammtheit der Gläubiger dies zu thun vermöge. Letztere aber, sagte man, könnten wohl von der Bestreitung eines Eigenthumsanspruches an Liegenschaften abstehen, nicht aber jene Liegenschaften gewissermaßen für die Gantmasse ankaufen dadurch, daß dem einzelnen Gantgläubiger gegen Ueberlassung derselben eine Summe Geldes ausbezahlt werden solle. Denn die Gesammtheit der Gläubiger habe durch die Vermögensabtretung nicht Eigenthum erworben an dem Vermögen ihres Gemeinschuldners, sondern nur das Recht erlangt, jenes Vermögen zu ihrer Befriedigung verkaufen zu lassen und bis dahin die Einkünfte zu beziehen, Landrechtsatz 1269.

Von der anderen Seite ward ausgeführt, daß der Wirkungskreis des Massepflegers nur in Verwaltungshandlungen bestehe, Proceßordnung §. 840, und der Gläubigerausschuß nur berufen sei, dem Massepfleger diejenigen Ermächtigungen und Genehmigungen zu ertheilen, die er sonst von der Gesammtheit der Gläubiger einzuholen hätte. Der Gläubigerausschuß könne somit ebenfalls nur in Verwaltungshandlungen sich bewegen und daher keinerlei Vergleiche abschließen, was zu den Eigenthumshandlungen gehöre, Landrechtsatz 2045, wenn nicht im einzelnen Falle Vollmacht zur Eingehung eines Vergleiches in bestimmten Ausdrücken gegeben worden sei. *)

Die zweite Frage wurde bejaht. Die Grafschaft Bonndorf, eine unmittelbare Reichsherrschaft der Abtei St. Blasien, ist nämlich durch den Reichsdeputationshauptschluß §. 26 dem Maltheser-Orden, durch den Preßburger Friedensschluß Art. 13 dem Könige von Würtemberg zugewiesen, und von diesem in Folge der Rheinbundes-Akte Art. 14 an den Großherzog von Baden abgetreten worden. Bei diesen Ereignissen geschah der Rechtsübergang mit Vortheil und Lasten, sonach mittelst allgemeiner Rechtsnachfolge und der letzte Uebernehmer hatte alle von seinen Vorgängern ausgegangenen Rechtshandlungen als die seinigen anzuerkennen. Insbesondere gilt dieß von den ältern Landesgesetzen, und der Richter, welcher im Namen und aus Auftrag des Regenten Recht spricht, hat sie darum mindestens als etwas Volks- oder Gemeinkundiges im Staate von Amtswegen zu kennen, und wo

*) Die untergeordnete Frage, ob die Mehrheit des Gläubigerausschusses einen Vergleich gültig abschließen würde, wenn ein solcher vom Gläubigerausschusse überhaupt eingegangen werden kann, kam nicht zur Entscheidung.

Ist der Gläubigerausschuß Gewalthaber, so entscheidet Landrechtsatz 1995 a., andernfalls wird man auf Landrechtsätze 577 bb. 577 dd. zurückgreifen müssen.

Digitized by Google

der Fall eintritt, anzuwenden. Namentlich werden die Richter der Kenntniß jener Gesetze sich nicht entschlagen dürfen, wenn wie hier eine amtliche Sammlung vorhanden ist. *)

Die dritte Frage wurde ebenfalls bejaht, die vierte dagegen verneint aus folgenden Gründen. Durch den Inhalt der Landesöffnung vom Jahre 1711 wird die Klagbitte nicht gerechtfertigt. Allerdings spricht dieselbe den Satz aus, daß beim linderlosen Absterben eines Ehegatten der Andere den gesammten Nachlaß erbe, und dies gilt für ein sicheres Kennzeichen der allgemeinen Gütergemeinschaft. **) Sie besagt aber weiter nur, daß der überlebende Ehegatte, wenn Kinder vorhanden sind, im Falle einer Theilung vom Vermögen des Verstorbenen ein Kindstheil erhalte, und daß in demselben Falle die Ehefrau ihr Einbringen und ihre Morgengabe zurückziehe. Es wird aber nicht gesagt, was die Klage unterstellt, daß während der Dauer der Ehe die Ehefrau an dem Gemeinschaftsvermögen irgend ein gesondertes Recht und namentlich einen Anspruch auf die Hälfte habe oder in irgend einem Falle, wie etwa in einer Gant, auf Theilung dringen könne, was das Vorbringen rechtfertigen würde, als ob die klagende Ehefrau am 1. Januar 1812 die Hälfte der gemeinschaftlichen Güter eingebracht hätte.

Erblickt man daher auch in der fraglichen vor dem 1. Januar 1812 geschlossenen Ehe eine solche, welche nicht durch Ehevertrag ihre Vermögensverhältnisse festgesetzt hat, findet man in der Liquidationsklage verbunden mit der Entsagung auf die Gemeinschaft den Antrag auf Absonderung des Vermögens, beurtheilt man also diese Ehe bis zum 1. Januar 1812 nach den Regeln des früheren Rechtes, so kann doch die Ehefrau durch die jetzt eingetretene Auflösung der Gemeinschaft mehr Rechte nicht erlangen, als sie nach den früheren Gesetzen gehabt hätte. Das Letztere aber schrieb ihr nicht ein gegenwärtig erworbenes Recht zu an den Gegenständen, die zur Gemeinschaft gehörten, sondern nur eventuelle Erbrechte und solche mittelbaren künftigen Folgen des alten Gesetzes konnte das neue Landrecht, unter dessen Herrschaft die Auflösung eintrat, abändern, ohne rückwirkend zu seyn, L. R. S. 2 b. Nur bereits bestehende Rechte sollten durch das erste Einführungsedikt §. XII. 3 nicht entzogen werden, wie die Rechtsbelehrung vom 26. Febr. 1812 näher ausgeführt hat *). Würde aber die Gütergemeinschaft zwischen der Klägerin und ihrem Ehemanne unter dem alten Rechte wegen Gantmäßigkeit desselben aufgehört haben, so hätte die Klägerin aus der Gemeinschaft nichts erhalten; eben so wenig könnte sie ansprechen, wenn die Ehegemeinschaft unter der Herrschaft des neuen Landrechtes begonnen und aufgehört hätte. Es wäre daher ungereimt, der Klägerin darum etwas zuerkennen zu wollen, weil sie unter dem alten Rechte die allgemeine Gütergemeinschaft eingegangen hat und unter dem neuen Rechte aus derselben getreten ist.

Aus diesen Gründen ist das amtliche Urtheil abgeändert und die Klägerin abgewiesen worden.

Anton Mayer.

*) Nur Privilegien und specielle Anordnungen, die nicht öffentlich promulgirt sind, so wie Gewohnheitsrechte, die der Staat nicht schon selbst in einem öffentlich promulgirten Akte anerkannt hat, bedürfen des Beweises.

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. Zweite Ausgabe von Hefter S. 14—17. 246—248. 250.

**) Scherer, die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft Th. 1 §. 49.

IV.

Ueber Nichtigkeiten in Straffachen.

(Nachtrag zu der Abhandlung in Nr. 34 der Annalen von 1841).

I.

In obiger Abhandlung ist S. 239 der Satz aufgestellt: „Die Cassation als selbstständiges Rechtsmittel, geht nur wider hofgerichtliche und oberhofgerichtliche Urtheile zweiter Instanz, vorausgesetzt jedoch, daß die Nichtigkeiten in dem Verfahren oder Urtheil desjenigen Gerichtshofs, bei welchem die Beschwerde angebracht wird, begangen worden sind."

Nun hat in der bekannten Ehrenkränkungssache Sattler gegen Welcker der Angeklagte gegen das zweitinstanzliche Erkenntniß des Hofgerichts die Cassation an den obersten Gerichtshof ergriffen, dabei aber dem hofgerichtlichen Verfahren und Urtheil keine speziellen Nichtigkeiten zur Last gelegt, vielmehr nur Beschwerde darüber geführt, daß die amtlichen Verfügungen vom Hofgerichte bestätigt, beziehungsweis die gegen das amtliche

*) Brauer, Erläut. Bd. VI. St. 326.

Brauer und Zachariä, Jahrbücher I. S. 180—186.

Digitized by Google

Verfahren und Erkenntniß im Weg des Recurses geltend gemachten Nichtigkeitsbeschwerden verworfen wurden.

Das hofgerichtliche Urtheil war demnach nur als ein irriges, aber keineswegs als ein nichtiges angefochten.

Das Großh. Oberhofgericht hat nun dieses Cassationsgesuch unterm 8. Juli 1843 als unzuläßig verworfen, „weil, sobald die Beschwerde über eine unheilbare Nichtigkeit vor dem Obergerichte desjenigen Richters, welcher dieselbe begangen haben soll, sei es im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels, oder im Weg der Nichtigkeitsquerel zur Entscheidung gebracht worden ist, gegen diese oberrichterliche Entscheidung eine weitere Nichtigkeitsquerel oder eine Cassationsbeschwerde nur in so fern statt finde, als sie nicht auf die angeblich, dem unterrichterlichen Verfahren oder Urtheil anklebenden, von dem Obergericht abgeurtheilten Nichtigkeiten, sondern darauf gegründet werde, daß von dem Obergerichte selbst Nichtigkeiten begangen, d. h. in seinem Verfahren wesentliche Vorschriften verletzt, oder im Inhalt seines Urtheils (nicht durch Genehmigung des unterrichterlichen Verfahrens und Ausspruchs), sondern durch selbstständige Bestimmungen Auflagen gemacht worden seien, welche sich als unheilbar nichtig darstellen."

Dadurch ist also in Uebereinstimmung mit dem vorangeschickten Satze ausgesprochen, daß keine Obernichtigkeitsbeschwerde oder keine zweite Instanz für die Cassation als solche statt finde.

II.

Ferner ist in der allegirten Abhandlung S. 242 unter anderem behauptet, daß zu Augenscheinen und zu Legalinspectionen zwei Urkundspersonen beigezogen werden müssen.

Diese Ansicht wurde in den Annalen von 1843 Nr. 34. II. als unrichtig angefochten, weil der Zuzug von Urkundspersonen bei Localeinsichtsnahmen überhaupt nicht, und bei eigentlichen Legalinspectionen nur zur Besichtigung von anscheinend oder wirklich todt gefundenen Personen und der Oertlichkeiten, wo dieselben gefunden worden, so wie zur Leichenöffnung, gesetzlich nöthig sei. Bei Personen, welche, ohne auf der Stelle todt zu sein, schwer verwundet wurden, genüge es, wenn der Physikus und der Amtschirurg allein die Legalinspection vornehmen. L. J. O. §. 28.

Hiebei sind jedoch einige wesentliche Momente übersehen worden. Die Auslegung, welche der letzte Satz dem §. 28 der L. J. O. gibt, ist keineswegs richtig. Wenn hier das Gesetz von Urkundspersonen schweigt, so geschieht dieß blos, um Wiederholungen zu vermeiden. Sobald man aus diesem Schweigen schließt, daß zur Besichtigung schwer verwundeter Personen nur die Gerichtsärzte nöthig sind, muß man auch zugeben, daß dieselben die im §. 28 lit. c. erwähnte, desgleichen die in den Fällen der §§. 29 bis 33 nöthige Section ebenfalls allein vornehmen können. Alsdann beweist eben jenes Stillschweigen zu viel und folglich nichts.

Der §. 27 der L. J. O. sagt am Schlusse: „Nach Voraussetzung dieser bei allen Vorfällen im Allgemeinen zu beobachtenden Normen, verordnen Wir weiter B, daß außer jenen allgemeinen Regeln nach Verschiedenheit der einzelnen Fälle folgendes beobachtet werden solle.

Hierauf beginnt der §. 28 mit den speziellen Vorschriften, welche im §. 36 ihr Ende nehmen.

In dem allgemeinen Theil (von §. 1 bis 27 einschließlich) verordnet nun:

§. 4. „Dem Act der Besichtigung selbst muß eine Ober- oder Amtsperson als Untersuchungsrichter mit einem Actuar oder verpflichteten Schreiber, und zwei Urkundspersonen anwohnen ꝛc. Diese Vorschrift bezieht sich, wie aus §. 5 zu ersehen, namentlich auch auf die Besichtigung des Orts, wo der Körper gefunden worden.

§. 10. „Das Protokoll muß von den richterlich erforderten Aerzten und Wundärzten, auch Urkundspersonen, dann von dem Gerichtsschreiber unterschrieben werden."

Es wird sich demnach nicht bestreiten lassen, daß bei der Legalinspection schwer verwundeter Personen außer den Gerichtsärzten nicht blos zwei Urkundspersonen, sondern auch Richter und Actuar anwesend sein müssen.

Nun ist zwar die L. J. O. zunächst nicht dazu bestimmt für alle Localbesichtigungen, auch wenn sie auf Verwundungen oder Tödtungen keinen Bezug haben, Vorschriften zu ertheilen, allein dessenungeachtet unterliegt ihre Anwendung auf örtliche Besichtigungen überhaupt (mithin z. B. auch bei Beaugenscheinigung des Platzes, wo ein Raub statt gefunden hat) nicht nur keinem Anstande, sondern erscheint überdieß als zweckmäßig und rathsam. Die Gleichheit des Grundes statuirt die Generalisirung auf alle Ortsbesichtigungen, welche die Constatirung des Thatbestands eines Verbrechens zum Zwecke haben; denn warum sollte der Gesetzgeber bei Besichtigung einer Brandstätte weniger Förmlichkeiten fordern, als bei Beaugenscheinigung eines Platzes, wo Jemand verwundet worden ist, obgleich auf der Brandstiftung eine weit höhere Strafe steht, als auf der Verwundung. Was der Gesetzgeber im letzten Fall für nöthig erklärt, hält er gewiß im ersten nicht für überflüssig. Unser Strafverfahren bietet der schützenden Formen und Feierlichkeiten so wenige dar, daß man billiges Bedenken tragen sollte, sie in der Anwendung noch mehr zu restringiren. Jedenfalls steht auch der diesseitigen Auslegung eine constante Praxis, die das Gesetz im nämlichen Sinne aufgefaßt hat, zur Seite, und der Absatz II. Nr. 2 und 3 des Strafedicts nicht entgegen, weil die L. J. O. ein späteres Gesetz ist, welches dem früheren unstreitig vorgeht.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro 49. | Karlsruhe den 9. Dezember 1843.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

1) Ueber die Verbindlichkeit der Parteien zur Vorlage der Pachtprotokolle oder sonstigen urkundlichen Nachweisungen über das Zehnterträgniß bei Zehntablösungen. §§. 28—30. 60. des Z. G.

2) Von der Legitimation in Zehntablösungsprocessen. §§. 48—50. des Z. G.

(Die Zehntpflichtigen der Gemeinde Th. gegen die Pfarrei daselbst, Zehntablösung, hier insbesondere Urkundenherausgabe betreffend).

Eine der bestrittensten und praktisch wichtigsten Fragen des Zehntgesetzes, die: ob die Parteien schlechthin einander zur Vorlage der urkundlichen Nachweisungen, Pachtprotokollen ꝛc. über das Zehnterträgniß in den Normaljahren (1818—1832) verbunden seien, oder ob es in dem Belieben einer Partei stehe, solche zu verweigern, sich (nach §. 60 des Z. G.) präkludiren, und es so auf die gerichtliche Schätzung ankommen zu lassen, beziehungsweise letztere zur Anwendung zu bringen, — ist nicht lange nacheinander von beiden Senaten des hiesigen Gerichtshofs auf deßfallsige Editionsklagen gleichförmig im erstern Sinne, wenn gleich zum Theil aus verschiedenen Gründen, entschieden worden. Dabei kam besonders die Frage zur Erörterung, in wie fern die Editionspflicht hier nach der Proceßordnung (§. 786) zu beurtheilen sei.

In dem zuletzt vor dem I. Senate zur Entscheidung gekommenen Falle kam zugleich eine weitere Frage von allgemeinem Interesse hinsichtlich der Legitimation vor, die nämlich: ob es genüge, wenn die auftretenden Zehntpflichtigen anführen, daß die Gemeinde, welcher bekanntlich im Z. G. (§. 48) zunächst die Parteirolle bei den Ablösungen eingeräumt ist, die Betreibung des Ablösungsgeschäfts nicht übernehmen wolle, und deßhalb für sie die Pflichtigen als die Gegner der berechtigten Pfarrei auftreten (§. 50). Es war in der Vollmacht des Anwalts eine Zahl von Personen unterzeichnet, welche nach des Erstern Behauptung die von den Interessenten ernannte Zehntkommission sein sollten.

Der Gerichtshof hielt dafür, daß dies nicht genüge, sondern daß sich in beiderlei Hinsicht genau nach der Vorschrift der §§. 48—50 zu richten sei, und erließ zu dem Zweck eine Vorverfügung des Inhalts:

Der Anwalt der Pflichtigen habe unter dem Rechtsnachtheil, daß er resp. seine Vollmachtgeber sonst nicht als legitimirt angesehen würden, binnen ꝛc. nachzuweisen, a. daß in der in §. 48 des Z. G. vorgeschriebenen Weise die versammelte Gemeinde die Frage: „ob sie nicht geneigt sei, die Ablösung des in Frage stehenden Zehnten zu verlangen“, — verneint habe; und b. daß diejenigen, welche ihn zur Erhebung der vorwürfigen Klage beauftragt haben, in der in §. 50 des Z. G. vorgeschriebenen Weise von der Versammlung sämmtlicher Zehntpflichtigen für die Vornahme der Ablösungsverhandlungen erwählt worden seien?

Diese Nachweisung wurde geliefert, es ergieng sofort folgendes

Urtheil.

„Das Urtheil des Landamts Freiburg (wodurch das Begehren der Klage abgewiesen wird) sei unter Verfällung der Beklagten Appellatin in die Kosten beider Instanzen dahin abzuändern: die Beklagte Appellatin sei

Digitized by Google

schuldig, die Pachtkontrakte von 1818—1832 über den, ihr in der Gemarkung Th. zustehenden, von ihr alljährlich versteigerten Zehnten zur Berechnung des Zehntablösungskapitals binnen vier Wochen herauszugeben, beziehungsweise vorzulegen, widrigenfalls der von der Klägerin behauptete Inhalt dieser Urkunden, wornach sich ein durchschnittlicher, jährlicher Ertrag von 1111 fl. 19 kr. ergibt, als erwiesen angenommen würde."

B. R. W.

Entscheidungsgründe.

Auf die nach §. 60 des Zehntgesetzes an die zehntberechtigte Pfarrei (Th.) ergangene richterliche Auflage erfolgte in der angesetzten Frist deren Erklärung; die Pachtkontrakte wurden jedoch nicht vorgelegt, weil die Pfarrei deren Ergebniß als unter dem wahren Zehntwerth stehend nicht als maßgebend anerkannte. Das Dasein solcher Pachtkontrakte und die Verpachtung des abzulösenden Zehnten während der Normalperiode wurde übrigens nicht geläugnet. Dieses veranlaßte die gewählte Kommission der Zehntpflichtigen zur Erhebung der vorliegenden Editionsklage.

Die beklagte Pfarrei bestreitet die Statthaftigkeit derselben, und der Unterrichter hat ihrem Begehren um Abweisung der Klage Statt gegeben, wogegen die Klägerin die Berufung ausführte.

1) Zunächst und hauptsächlich wird das Dasein eines Verpflichtungsgrundes zur Herausgabe der fraglichen Urkunden bestritten §. 783 Nr. 3. Hieran fehlt es jedoch nicht.

Nach §§. 28—30 des Zehntgesetzes ist die Absicht und der Wille des Gesetzgebers, daß, wenn über die wirkliche Zehnteinnahme in der Normalperiode Rechnungen, Pachtkontrakte oder sonstige urkundliche Nachweisungen vorhanden sind, daraus jene Zehnteinnahme, die nach §. 27 des Gesetzes die Basis für die Bestimmung des Ablösungskapitals bilden soll, entnommen werde, und Schätzung nur alsdann eintrete, wenn, und insofern keine solche urkundliche Nachweisungen vorhanden sind. Wenn aber Umstände obwalten, nach welchen der urkundliche Zehntertrag als zu hoch oder zu nieder angesehen werden kann, soll nach §§. 30 und 31 eine Berichtigung durch Schätzung eintreten. Zu diesem Schutzmittel gegen Benachtheiligungen wurde der Gesetzgeber wohl nur, oder doch hauptsächlich in der Voraussetzung veranlaßt, daß nach den vorausgehenden Bestimmungen die Betheiligten schuldig seien, die urkundlichen Nachweisungen der Art vorzulegen. Wie dem aber auch sei, so sprechen die entscheidensten Gründe der Auslegung für jenen Sinn des Gesetzes, und gegen die — hauptsächlich auf den §. 60 des Gesetzes sich stützende — Auslegung der beklagten Pfarrei: daß es in das Belieben des Berechtigten gestellt sei, solche Urkunden vorzulegen, oder es lediglich auf Schätzung ankommen zu lassen, beziehungsweise diese zu verlangen.

Schon die grammatische Auslegung steht dieser Ansicht entgegen. Hätte das Gesetz diesen Sinn, so würde der §. 28 anders, etwa so lauten müssen: daß auch solche Nachweisungen zur Ermittelung des Zehntertrags benutzt werden können, — nicht aber kategorisch und gebietend: daß daraus der Zehntertrag entnommen werde. Gegen diese Ansicht spricht ferner die Fassung insbesondere der Worte: „Mangelt es" und „vorliegen" in den §§. 28 und 29, welche Worte so allgemein genommen werden müssen, wie sie gebraucht sind, und deßhalb keineswegs, wie die Beklagte meint, gleichbedeutend sein können mit dem Ausdruck: Mangelt es daran dem Richter, oder: liegen solche Nachweisungen dem Richter nicht vor, — welcher beschränktere Sinn schon durch den Umstand ausgeschlossen wird, daß die §§. 28 und 29 nicht in dem Titel vom gerichtlichen Verfahren (§. 58 ff.), sondern unter den allgemeinen, auch für die außergerichtlichen Ablösungen zur Norm dienenden Bestimmungen stehen.

Aber auch die logische Auslegung steht nicht dieser, sondern der entgegengesetzten Ansicht zur Seite. Wäre der Sinn des Gesetzes der, den die beklagte Pfarrei darin finden will, so käme das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch, indem es an einem Orte (§§. 28 u. 29) seine bestimmte Absicht ausspricht, daß, wo urkundliche Nachweisungen vorhanden sind, zunächst von diesen Gebrauch gemacht werden, und nur wo es daran fehlt, die Schätzung zur Anwendung kommen soll, während es an einem andern Orte (§. 60) es der Willkühr des Berechtigten anheimgäbe, solcher Urkunden oder der Schätzung sich zu bedienen. Nach dieser Auslegung würde daher das Gesetz seine Absicht unverkennbar selbst vereiteln. Daß nur jener Sinn den Gesetzgebungsfaktoren bei Er-

Digitized by Google

faſſung des Geſetzes vorgeſchwebt habe, zeigt ſich noch unzweifelhafter aus den landſtändiſchen Verhandlungen. Aus den Motiven der Regierung ergibt ſich, daß man nicht, wie anderwärts geſchehen, durchweg die Schätzung, ſondern zunächſt die bezeichneten urkundlichen Nachweiſungen zur Norm vorzuſchlagen für gut erachtet hat, weil man damit zur Beſchleunigung der Zehntablöſung den Schwierigkeiten der Schätzung ſo weit möglich ausweichen wollte, — wogegen von den Ständen nichts erinnert wurde.

In Beziehung auf den §. 60, insbeſondere aber wird in den Commiſſionsberichten beider Kammern als Grund des in der zweiten Kammer gemachten Zuſatzes: daß bei unterlaſſener Vorlage der urkundlichen Nachweiſungen ſolche ſpäter von dem Berechtigten nicht mehr angenommen werden, — angegeben, daß man darin dem Berechtigten einen Antrieb geben wolle, die Urkunde nicht zurückzuhalten; wornach alſo klar iſt, daß damit dem Berechtigten ein Nachtheil angedroht werden will, nicht aber ihm, wie der Beklagte meint, umgekehrt ein Vortheil zugewendet werden ſoll, und es ſomit keineswegs in der Abſicht des Geſetzes liegt, die Vorlage der Urkunden lediglich in die Willkühr des Berechtigten zu ſtellen. Er ſoll die Urkunden nicht mehr benützen dürfen, unbeſchadet jedoch dem in §. 28 dem andern Theile gegebenen Rechte. Auf dieſe Weiſe allein ſind die beiden §§. 60 und 28 vollkommen miteinander vereinbar, weßhalb dieſelben nach den Interpretationsregeln auch ſo ausgelegt werden müſſen. Vergl. Verhandlungen der erſten Kammer. Beil. Bd. 1 u. 2, S. 56 u. 295; Bd. 3 u. 4, S. 396 u. 397. Verhandlungen der zweiten Kammer Beil. 5tes Heft, S. 28 u. 88.

Haben aber hiernach die Zehntpflichtigen ein Recht darauf, daß, wo urkundliche Nachweiſungen vorhanden ſind, zunächſt nach dieſen der Zehntertrag ermittelt werde, ſo können ſie auch von dem Berechtigten, der ſolche beſitzt, die Herausgabe verlangen, auch ohne ſich auf die Proceßordnung (§. 786) dafür zu berufen.

So gut der Geſetzgeber die Ablösbarkeit des Zehnten und den 20fachen Durchſchnittsbetrag anordnen konnte, ſo gut konnte er auch, ohne daß, wie der Unterrichter glaubte, der Landrechtszuſatz 2 b entgegenſtünde, beſtimmen, wie der Betrag bewieſen oder ermittelt werden ſoll; und nur in ſo fern als nichts Beſonderes oder Abweichendes im Zehntgeſetze vorgeſchrieben iſt, kann die Proceßordnung rückſichtlich des Verfahrens überhaupt zur Anwendung kommen.

Wollte man aber auch die beſtrittene Verbindlichkeit zur Vorlage der fraglichen Urkunden lediglich nach den Beſtimmungen der Proceßordnung beurtheilen, ſo würde der §. 786 ³ u. ⁴ wenigſtens analog das Begehren der Klägerin rechtfertigen, inſofern nämlich, als in dem Abſ. 3 die Beſtimmung einer Urkunde zum Beweis als Bedingung des Editionsrechts ausgeſprochen iſt, und hier daſſelbe durch das Geſetz geſchah, was dort durch die Parteien; und ferner die fraglichen Urkunden zum Gegenbeweis gegen das von der berechtigten Pfarrei vorgeſchlagene Beweismittel der Schätzung angerufen werden.*)

Es ſind aber auch ferner

2) die in §. 783 Nr. 1 und 2 aufgeführten Erforderniſſe der Editionsklage beſtritten. Auch hier enthalten jedoch die Vorträge der Klägerin das Nöthige. Wenn gleich die einzelnen thatſächlichen Anführungen über die bezahlten Pachtgelder lückenhaft ſind, und zu keinem brauchbaren Reſultate führen könnten, ſo iſt doch in dem Zugeſtändniß der beklagten Pfarrei und reſp. der evangeliſchen Kirchenſektion, hinſichtlich des Beſitzes der fraglichen Urkunden, und der auf eine Berechnung des Theilungskommiſſärs Roman geſtützten Angabe, daß der Durchſchnittsertrag ſich auf 1111 fl. 19 kr. belaufe, die erforderliche Beſcheinigung zu finden.

Was endlich

3) noch den Einwand betrifft, als ſei die Klage zur Zeit abzuweiſen, weil in den richterlichen Verfügungen vom 8. Juni 1842 und 16. April 1841 dem §. 60 des Z. G. zuwider, der berechtigten Pfarrei nur eine 3wöchentliche Friſt verwilligt, und (das erſtemal) der geſetzlichen Rechtsnachtheil nicht angedroht worden ſei, ſo ver-

---

*) Dieſer letztere Grund (auf welchen die Entſcheidung des andern Senats hauptſächlich gebaut ward) ſchien einem der Votanten darum bedenklich, weil hier doch eigentlich nicht von einem Gegenbeweis die Rede ſein könne, zu welchem man die Urkunden benutzen wolle, ſo daß die Schätzung den Beweis bildete; ſondern vielmehr die Urkunden — mit völliger Beſeitigung des von der Gegenpartei beantragten Schätzungsbeweiſes — den Beweis liefern ſollten. D. E.

Digitized by Google

liert der Einwand dadurch allen Werth, daß die Auflage befolgt worden ist.

Die Appellationsbeschwerde erscheint hiernach begründet, und es mußte deßhalb unter Anwendung des §. 169 der Proceßordnung von den Kosten, wie geschehen, erkannt werden.

Das Großherzogliche Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Erkenntniß.

In den Entscheidungsgründen ist ausgeführt, daß das Zehntgesetz die Editionspflicht unentschieden lasse, diese also nach dem Proceßgesetze zu beurtheilen sei. Der Berechtigte — Fordernde — erscheine als der angreifende Theil im Sinne des Civilproceſſes, gleichsam als Liquidationskläger.

„Derselbe (besagen die Entscheidungsgründe weiter) hat daher diejenigen Thatsachen, auf welchen sein Anspruch beruht, zu beweisen (§. 400) und Folgeweise den Pflichtigen die zur Entkräftung seines Beweises, beziehungsweise zum Gegenbeweise dienenden, in seinem Besitze befindlichen Urkunden nach §. 786 Zif. 4 lit. b. der P. O. herauszugeben."

„Dieser Stellung als beweispflichtiger Theil kann sich der Berechtigte nicht dadurch entschlagen, daß er unterläßt, der oben erwähnten amtlichen Auflage (§. 60) Genüge zu leisten, daß er nämlich selbst eine mit der erforderlichen thatsächlichen Begründung und mit den nöthigen Belegen versehene Berechnung seines Anspruchs nicht einreicht, daß er vielmehr vorzieht, den Rechtsnachtheil, mit welchem er gleichzeitig mit jener Auflage bedroht wird, daß nämlich sonst die Festsetzung des Ablösungs-Capitals von Amtswegen werde eingeleitet und zu diesem Behufe eine Abschätzung werde vorgenommen werden, gegen sich in Erfüllung gehen zu lassen. Denn hierdurch wird das Rechtsverhältniß unter den Parteien nicht verändert, der Unterschied im Verfahren besteht nur darin, daß statt des Berechtigten selbst, nunmehr das Amt, beziehungsweise die ernannten Schätzer für ihn die thatsächlichen Grundlagen zur Berechnung des Ablösungskapitals aufsuchen, für ihn diese Berechnung fertigen, und statt der von ihm beizubringenden sonstigen Beweismittel die Schätzung vornehmen; der Berechtigte ist mit einem Worte so anzusehen, als hätte er den ihm obliegenden Beweis durch Berufung auf eine in der bezeichneten Art verfahrende Expertise angetreten; daraus folgt aber, daß derselbe, auch wenn das Verfahren diesen Gang annimmt, den Pflichtigen editionspflichtig bleibt.

Durch eben diese Betrachtung erhebt sich zugleich ein weiteres Bedenken.

„Die Verbindlichkeit des Beweispflichtigen zur Herausgabe der zur Entkräftung seines Beweises oder zur Gegenbeweisführung dienlichen Urkunden tritt nämlich der Natur der Sache nach allerdings erst dann ein, wenn derselbe den ihm obliegenden Beweis wirklich angetreten hat. Kommt nun der Zehntberechtigte der Auflage zur Begründung und Nachweisung des Ablösungskapitals nicht nach, tritt derselbe daher den Beweis, welchen er nach 560 des Zehntablösungsgesetzes zu liefern hat, thatsächlich nicht an, so ließe sich behaupten, die Sache sei noch nicht bis zu dem Punkte gediehen, wo das Recht der Zehntpflichtigen auf Herausgabe der im Besitze des Zehntpflichtigen befindlichen Urkunden wirksam werde. Da aber, wie oben ausgeführt worden ist, der Zehntberechtigte, welcher sich weigert, der ihm nach 560. zugehenden Aufforderung zu genügen, rechtlich so anzusehen ist, als habe er den ihm obliegenden Beweis, durch Berufung auf amtliche Feststellung der betreffenden Thatsachen, beziehungsweise auf eine Expertise, wirklich angetreten, so erscheint auch dieser Zweifel als beseitigt."

„Hiernach ist die in dieser Instanz aufgestellte Hauptbeschwerde, daß die beklagte Pfarrei für schuldig erkannt worden ist, dem Zehntpflichtigen gegenüber die zur Erinnerung des in den Normaljahren stattgehabten Zehnt-Roh-Ertrages dienlichen Urkunden, in Betracht, daß der Besitz der Pachtverträge aus den Normaljahren nach Maaßgabe der §§. 783 und 395. der Proceßordnung als zureichend bescheinigt angesehen werden muß, wie dieß in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen näher ausgeführt ist, und worauf sich desfalls bezogen wird, nicht begründet." (Folgt nun noch die Prüfung der weitern Beschwerde hinsichtlich des im Erkenntnisse — bedingt — ausgesprochenen Quantums, worin nichts von den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen Abweichendes vorkommt.)

Zentner.

Digitized by Google

II.

Aphorismen

aus dem Gebiete des gerichtlichen Strafverfahrens.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Nr. 21. II. d. J.)

§. 5. Die Führung peinlicher Untersuchungen durch Rechtspraktikanten betreffend.

Da dergleichen Untersuchungen nur unter Aufsicht und Verantwortlichkeit der Beamten durch Rechtspraktikanten geführt werden dürfen (Annalen von 1842. S. 230), so haben jene im Lauf der Untersuchung jeweils Einsicht von den Acten zu nehmen, um in Zeiten die etwa nöthigen Verbesserungen nachholen zu lassen. Insbesondere ist es Pflicht der Beamten: 1) den Legalinspectionen und Sectionen, unvermeidliche Behinderungsfälle ausgenommen, in eigener Person beizuwohnen. L. J. O. §. 4. — 2) die Beeidigungen und Vergelübdungen, falls nicht der respicirende Praktikant zu deren Vornahme vom Hofgerichte ermächtigt ist, selbst zu bewirken, Annalen a. a. O. — 3) am Schlusse der Untersuchung nach Durchsicht der Acten ihr „legit" beizusetzen, und das allenfalls Nöthige zu ergänzen. 4) Das Schlußverhör vor Urkundspersonen, wo solches erforderlich ist, selbst abzuhalten. Verordn. vom 1. Mai 1810. Regierungsblatt S. 19 und vom 26. September 1810. Regierungsblatt Nr. 42. Verordn. vom 15. November 1816. Regierungsblatt Nr. 38.

Ausgeschlossen sind die Rechtspraktikanten von solchen Untersuchungen, a) welche gemeinschaftlich mit anderen Behörden geführt werden müssen. O. J. D. V. vom 19. Januar 1825 Nr. 194, — b) welche Verbrechen zum Gegenstande haben, in Ansehung derer Voranzeigen zu erstatten sind.

Wenigstens sollen Untersuchungen der letzteren Art nicht jüngeren, sondern nur wirklich besoldeten, hinlänglich geübten Praktikanten überlassen werden. J. M. R. vom 19. Februar 1828. Nr. 770.

§. 6. Die gemeinschaftliche Führung von Untersuchungen durch gemischte Commissionen betreffend.

1) Große Complotte und peinliche Verbrechen der in einer öffentlichen Anstalt befindlichen Sträflinge werden von der Hausverwaltung in Gemeinschaft mit demjenigen Amte, in dessen Bezirk sich die Anstalt befindet, alsdann geführt, wenn die zu untersuchenden Verbrechen in der Anstalt selbst verübt wurden. Verordn. vom 28. Januar 1805. Regierungsblatt Nr. 6.

Jene Verbrechen hingegen, welche zwar von Sträflingen, jedoch außerhalb der Anstalt begangen werden, sind von der gemeinschaftlichen Untersuchung ausgenommen, und dem gewöhnlichen Gerichtsstande unterworfen. Vergl. auch Jahrbücher, N. F. II. Bd. S. 219—29. Annalen von 1842. Nr. 32. S. 228.

2) Wenn Civil- und Militärpersonen an einem und demselben Verbrechen Theil genommen haben, so ist die Untersuchung von beiderlei Behörden gemeinschaftlich vorzunehmen, und ein doppeltes Protokoll zu führen, damit das Erkenntniß von den zuständigen Gerichten gleichzeitig gefällt werden kann. Verordn. vom 28. März 1810. Regierungsblatt Nr. 14.*) Gesetz über die Widersetzlichkeit rc. vom 28. Dezember 1831. Regierungsblatt von 1832. Nr. 4. Art. 4.

3) Bei allen Untersuchungen wegen Verbrechen in Forst- und Jagdsachen, ohne Unterschied, ob zur Beurtheilung eines delicti forestalis Kunstkenntnisse gehören, oder nicht, sollen die Forstbehörden mit den Bezirksämtern concurriren;**) und eben so bei Untersuchungen gegen Forstbediente wegen Dienstvergehen. Verordn. vom 23. März 1804. Regierungsblatt Nr. 16. S. 87. §. 22 und 23. — J. M. R. vom 2. Mai 1815. Nr. 1075. Verordn. vom 4. Dezember 1823. Regierungsblatt Nr. 29. §. 7. Zwar hatte das oberste Justizdepartement in einem Erlaß vom 19. Februar 1823. Nr. 452 ausgesprochen, daß bei Untersuchungen gegen Wilderer die Forstbeamten nicht als Mituntersuchungsrichter, sondern nur zur etwaigen Aufklärung und Auskunftsertheilung beigezogen werden sollen; allein spätere Rescripte des Justizministeriums vom 13. Juni 1828 Nr. 2860 und vom

---

*) Dadurch ist eine ältere Verordnung des Geheimen Raths vom 17. Mai 1805. Nr. 1891, wornach die Militärpersonen zuerst abgeurtheilt, und dann die Acten zur Aburtheilung der Civilpersonen an die Civilbehörden abgegeben werden sollten, außer Anwendung gesetzt.

D. E.

**) Nach dem §. 201 des Forstgesetzes vom 15. November 1833 (Regierungsblatt von 1834. Nr. 2. S. 40) hat der Förster als Vertreter des öffentlichen Interesses und zur Auskunftsertheilung über technische Fragen den Frevelthätigungen anzuwohnen.

D. E.

Digitized by Google

25. Juli 1828 Nr. 3519 wollen jenem Erlaß keine Folge gegeben wissen, wohl aber gestatten, daß die Concurrenz der Forstbehörden, zu den fraglichen Untersuchungen auf die Erhebung des objectiven Thatbestandes, so wie auf den Beizug zur Vornahme des Schlußverhörs und überall in dem Maße beschränkt werde, wie sich die Untersuchungs- und Forstbehörden, je nach Verschiedenheit der Fälle, selbst darüber vereinigen können.

4) Wenn bei Klagen und Widerklagen in Ehrenkränkungssachen der eine Theil einen befreiten Gerichtsstand hat, so kann die Untersuchung gemeinschaftlich geführt werden. §. 14 des Gesetzes über Ehrenkränkungen ꝛc.

§. 7. Die Voranzeigen wegen schwerer Verbrechen betreffend.

In den in den Annalen von 1842 Nr. 36. S. 260. gelegenheitlich aufgezählten Verbrechen, wegen welcher Voranzeigen zu erstatten sind (Verordn. vom 25. Mai 1808. Regierungsblatt Nr. 17. Verordn. vom 27. Dezember 1817. Regierungsblatt von 1818 Nr. 1. J. M. R. vom 9. Mai 1826 Nr. 1530. Ferner vom 8. Juli 1826 Nr. 2433 und vom 30. Mai 1842 Nr. 2826) gehören noch weiter: 1) Majestätsbeleidigungen, welche nicht durch die Presse verübt worden sind, (Annalen von 1843 Nr. 21. S. 159). 2) Geheime Verbindungen der Studenten oder auch nur die Versuche, solche zu gründen. Gesetz vom 9. Oktober 1828. §. 4. Regierungsblatt Nr. 20. 3) Verbrechen der Standesherren, beziehungsweis Bewachungen oder Verhaftungen derselben. In solchen Fällen muß die Anzeige auf der Stelle unmittelbar dem Großherzog selbst*) und dann dem Mittelgericht, in dessen Sprengel das Verbrechen begangen worden (letzterem unter Vorlage der abgehaltenen Protokolle) erstattet werden.**) 4) Qualificirte Widersetzlichkeiten gegen die öffentliche Gewalt (Art. 2 des Gesetzes vom 28. Dezember 1831. Regierungsblatt von 1832 Nr. 4.) Diese Anzeigen haben nur an das Justizministerium zu geschehen. J. M. R. vom 27. Januar 1832. Nr. 455.

§. 8. Die öffentliche Verkündung von Straferkenntnissen betreffend.

In der Regel werden die Urtheile durch wörtliches Ablesen geheim verkündet. Nebstdem sollen aber noch durch den Druck bekannt gemacht werden: 1) die auf Anklagen der Stände von dem Oberhofgericht gegen die Minister und Mitglieder der obersten Staatsbehörde gefällten Urtheile mit Entscheidungsgründen. Gesetz vom 5. Oktober 1820. §. 8. Regierungsblatt Nr. 15. — 2) die gegen öffentliche Diener gefällten Straferkenntnisse, sofern sie mindestens auf Dienstentlassung, Dienstentsetzung oder Verlust der Pension bei schon pensionirten Dienern lauten, durch das Regierungsblatt. Verordn. vom 4. Dezember 1824. Regierungsblatt Nr. 29. 3) Erkenntnisse des nämlichen Inhalts gegen willkührlich entlaßbare Diener, wie Acciforen, Steuererheber ꝛc. durch das Kreisanzeigeblatt. J. M. R. vom 6. Oktober 1829. Nr. 4427. 4) Die Urtheile wegen der von mehreren Personen im Complott verübten Contrebanden und Defraudationen. Zollstrafgesetz vom 3. August 1837. §. 34 u. 35. Regierungsblatt S. 288 u. 89 — durch das Kreisanzeigeblatt. J. M. R. vom 22. November 1836 Nr. 5375. 5) Die Urtheile wegen leichtsinniger und boshafter Zahlungsflüchtigkeit. A. S. 256 u. 263. — 6) Die Urtheile gegen ausgetretene Inländer. Erläuterung Nr. 45 zu §. 33 des Strafedikts. 7) Die auf Ehrenentsetzung (Strafed. §. 40 u. 41) und auf Landesverweisung (Erläut. Nr. 47 ibid.) lautenden Urtheile; endlich 8) die vollzogenen Todesurtheile durch die Landeszeitung und das Kreisanzeigeblatt. J. M. R. vom 30. September 1812. Nr. 2722 und vom 12. August 1836. Nr. 3898.

Außerdem kann, nach §. 11 des Gesetzes über Ehrenkränkungen ꝛc., der Beleidigte, sofern die Beleidigung öffentlich geschah, den öffentlichen Anschlag des Urtheils verlangen, auch wenn die Ehrenkränkung oder Verläumdung in öffentlichen Blättern verübt wurde, sich derselben Blätter zur öffentlichen Verkündung des Urtheils auf Kosten des Beleidigers bedienen.

Bayer.

---

*) Es versteht sich von selbst, daß diese Anzeige nicht an den Großherzog privat, sondern, wie die allgemeine Verordnung lautet, an S. K. Hoheit zum höchstpr. Staatsministerium zu richten ist. D. Red.

**) Diese Vorschrift gilt indessen nur hinsichtlich der Herrn Fürsten von Leiningen und von Löwenstein-Wertheim, Verordn. vom 14. März 1833. §. 11. Regierungsblatt Nr. 11 und Verordn. vom 30. Juli 1840. §. 21. Regierungsblatt Nr. 25. Die Declarationen, wodurch die staatsrechtlichen Verhältnisse der übrigen Standesherrschaften des Großherzogthums regulirt wurden, enthalten hierüber nichts. D. E.

III.

Beitrag zur Auslegung des L. R. S. 695.

Nach Landrechtsatz 695 kann bei Dienstbarkeiten, die nicht durch Verjährung zu erwerben sind, der Mangel des ursprünglichen Titels durch ein „Anerkenntniß", welches vom Eigenthümer des belasteten Grundstückes herrührt, ersetzt werden. Daß ein solches Anerkenntniß auch bei Dienstbarkeiten, welche durch Verjährung erworben werden können, hinsichtlich deren Erwerbes also der Berechtigte gesetzlich mehr begünstigt ist, als im erstern Falle, wirksam sein muß, kann nicht in Zweifel gezogen werden.

In dem Texte des Code civil ist der Ausdruck „*titre recognitif*" gebraucht. Unter einem Solchen verstehen die Ausleger des Textes und die französischen Gerichte durchgängig eine, in einer Urkunde enthaltene Anerkennung; und es unterscheidet sich nach der französischen Jurisprudenz die Bestimmung des Satzes 695 von der des Satzes 1337 nur darin, daß in der Urkunde, mittelst welcher die Existenz einer Dienstbarkeit anerkannt wird, nicht nothwendig der gesammte Inhalt der, den ursprünglichen Titel gebenden, Urkunde aufgenommen sein muß; daß es bei jener vielmehr genügt, wenn aus dem Inhalte der Urkunde nur hervorgeht, daß der Anerkennende eine vollkommene Kenntniß der Dienstbarkeit gehabt hat;

Vergl. Solon traité des servitudes réelles Paris 1837 pag. 302 ff

und es kann dann bei einem vorliegenden schriftlichen Zugeständnisse die Art der Ausübung und der Umfang der Dienstbarkeit auch durch den Besitzstand und dgl. nachgewiesen werden.

Pardessus traité des servitudes Nr. 269.

Was nun unsre vaterländische Gesetzgebung betrifft, so findet sich weder in Erläuterungen der Behörden, noch bei Brauer irgend eine Andeutung, daß durch Uebersetzung des Ausdrucks „*titre recognitif*" mit „Anerkenntniß" eine Abänderung des Textes beabsichtigt wurde, und daß man namentlich ein blos mündliches Anerkenntniß schon für hinreichend erachten wollte.

Jeden Falls kann aber da, wo (wie in den meisten Fällen) das Streitobject einen höhern Werth als 75 fl. hat, einem mündlichen Anerkenntnisse keine Bedeutung beigelegt werden. Denn das Anerkenntniß soll ja die Stelle des Titels, mittelst welches die Dienstbarkeit constituirt wurde, vertreten. Die Bestellung einer Dienstbarkeit ist nun unbestreitbar ein Rechtsgeschäft, auf welches Landrechtsatz 1341 seine Anwendung fände.

In Fällen dieser Art darf aber, nach ausdrücklicher Vorschrift des Landrechtsatzes 1355, ein ausser gerichtliches mündliches Geständniß, somit, was gleichbedeutend ist, ein auffergerichtliches mündliches Anerkenntniß überall nicht angerufen werden.

Nach diesen Grundsätzen wurde vom Oberhofgerichte in Sachen Ehrmann gegen Weinberger erkannt.

Kirn.

IV.

Verfahren bei Besserungsversuchen nach Maßgabe der Staatsdiener-Pragmatik vom 30. Januar 1819.

Es ist wiederholt wahrzunehmen gewesen, daß die in den §§. 11 und 14 des Diener-Edicts vom 30. Januar 1819 vorgeschriebenen Formen des Verfahrens bei Anwendung von Besserungsversuchen gegen Staatsdiener, die sich Dienstvergehen oder unwürdiger Handlungen, wie sie im §. 10 des gedachten Edicts vorgesehen sind, schuldig gemacht haben, obgleich diese Formen als nothwendig anzusehen sind, nicht überall gehörig beobachtet werden. Diese Wahrnehmung und die Verzögerungen und Nachtheile, welche durch solche Versehen veranlaßt werden, fordern dazu auf, die betreffenden Behörden auf die Nothwendigkeit der pünktlichen Beobachtung der gedachten Formen aufmerksam zu machen, wobei der kürzern Uebersicht wegen die zu beobachtenden Förmlichkeiten hier zugleich zusammen gestellt werden. Sie sind folgende:

1) Jedem Besserungsversuche muß die Vernehmung des betreffenden Dieners über die ihm gemachte Anschuldigung vorausgehen.

2) Es kann die Anwendung eines Correctionsmittels nur durch einen collegialischen Beschluß der vorgesetzten mittlern oder höhern Behörde erkannt werden.

3) In diesem Beschlusse ist auf den §. 11 des Diener-Edikts vom 30. Januar 1819 hinzuweisen, und die Correctionsstufe jedesmal namentlich auszudrücken.

Digitized by Google

4) Die Uebergehung einer der vier ersten Stufen bei Subalternen, oder einer der drei ersten bei höhern Dienern kann nur durch Beschluß der höchsten Staatsbehörde (des Staatsministeriums) gestattet werden.

5) Wird nach fruchtloser Anwendung der stufenweisen Besserungs-Versuche der Antrag auf die Entlassung eines mit dieser bedrohten Dieners nothwendig, so muß vorerst der Angeschuldigte nicht nur über die neuerliche Thatsache, welche Anlaß dazu gibt, sondern auch über alle diejenigen Thatsachen, welche die vorhergegangenen stufenweisen Bedrohungen herbeigeführt haben, von der ihm unmittelbar vorgesetzten Behörde zu Protokoll constituirt, und beim Schlusse des Protocolls ihm noch ein Termin zur allenfallsigen schriftlichen Vertheidigung anberaumt werden.

6) Nach Einkunft der schriftlichen Vertheidigung oder nach erfolgter ausdrücklicher oder stillschweigender Verzichtleistung auf dieselbe, ist bei der dem Angeschuldigten unmittelbar vorgesetzten Behörde schriftlicher Vortrag über die Sache zu erstatten, und der durch Stimmenmehrheit gefaßte Beschluß, wenn der Staatsdiener einer Mittelbehörde untergeordnet ist, von dieser mit motivirtem Antrage der höhern Verwaltungsbehörde, und von letzterer mit weiterm Antrage dem Staats-Ministerium, wenn der Diener aber unmittelbar unter einer obern Behörde steht, sogleich von dieser dem Staats-Ministerium zur endlichen Entscheidung vorzulegen. Die betreffenden Ministerien, die Oberrechnungskammer und die Mittelbehörden haben darauf bedacht zu sein, daß die für derlei Fälle vorgeschriebenen Förmlichkeiten künftig pünktlich beobachtet, und darüber, daß dieß wirklich geschehen sei, die nöthigen Nachweisungen in die Acten gelegt werden.

Auch haben dieselben jeweils zugleich ihr Gutachten darüber zu äußern, ob etwa dem zu entlassenden Diener, oder seiner Familie ein Sustentationsbeitrag und in welchem Betrage zu bewilligen sei.

Beschlossen im Großherzoglichen Staats-Ministerium zu Karlsruhe den 22. September 1838.

Der interessanteste Criminalproceß der neuesten Zeit.

So eben ist erschienen und in allen Buchhandlungen Deutschlands zu haben:

Geständniß und Widerruf.

Eine Darstellung

des wider J. H. Ramcke, A. M. Ramcke ꝛc.

wegen

Mordes und Brandstiftung geführten Criminalprocesses

vom

Advokaten Andresen.

Mit Steindruck. gr. 8. Altona. 21 Bogen, geh. 1½ Thlr.

Bekanntlich hat dieser Criminalproceß 1843 eine allgemeine Aufmerksamkeit erregt, die durch die unerwartete Zurückführung des Verbrechers vom Gerichtsplatze und durch sonstige Nebenumstände noch bedeutend vergrößert wurde.

Im Verlage des Unterzeichneten ist erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Prozeß-Ordnung

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

für das

Großherzogthum Baden.

Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte erläutert

von

Wilhelm Thilo,

großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.

Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Ch. Th. Groos.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro. 50. | Karlsruhe den 16. Dezember 1843.

I.

Ueber das Eigenthumsrecht an Sachen, insbesondere über das Eigenthumsrecht an Flüssen und Bächen, nach französischen und badischen Gesetzen.

§. 1.

Nach dem französischen, so wie nach dem badischen Rechte sind alle Sachen entweder allen Menschen gemeinschaftlich, oder gehören:

I. dem Staate,

II. den Gemeinden oder öffentlichen Anstalten, oder

III. den Privaten.

argum: der Sätze 538. 539 und 542 des Code civil und des badischen Landrechts.

Die Sachen, welche von Natur allen Menschen gemeinschaftlich sind (res communes) sind außer Verkehr, und können schlechterdings nicht der Gegenstand einer, alle Andern ausschließenden Herrschaft sein, z. B. das Weltmeer, das fließende Wasser, die Luft und das Licht.

Satz 714 des L. R.

Laffaulx Gesetzgebung Napoleons Abth. 1. Privatrecht Th. 3. §. 171.

Dies war auch schon bei den Römern Rechtens.

§. 1. J. de rerum divisione (2, 1) l. 2. §. 1. D. h. t. (1. 8).

Uebrigens sind selbst diese Sachen dem gemeinsamen Gebrauche der Menschen nicht unbedingt überlassen. So gehört z. B. die Luftsäule, welche auf einem Grundstücke ruht, dem Eigenthümer desselben, und Niemand darf einen Theil seines Gebäudes, einen Erker oder ein Wetterdach und dergleichen ohne des Eigenthümers Erlaubniß hereinragen lassen.

l. 1. pr. D. de servit. praed. urban. (8, 2.)

l. 22. §. 4. D. quod vi aut clam (43, 24.)

Sätze 552. 672 und 678 des L. R.

§. 2.

ad I. Zum Staatseigenthum (domaine public.) gehören:

a) die öffentlichen Wege, Land- und andere Straßen, deren Unterhaltung auf Staatskosten geschieht.

b) Flüsse und andere Gewässer, welche schiffbar, oder floßbar sind;

c) das Gestade und Flutbett des Meeres;

d) die Häfen, Seehäfen und Rheden;

Satz 538 des L. R.

e) alle ledige und herrenlose, auch alle erblose Güter;

Sätze 539, 713 und 768 des L. R.

f) die Thore, Mauern, Gräben und Wälle der zu Waffenplätzen erklärten Orte und der Festungen, eben so der Grund und Boden der Festungswerke und Wälle an jenen Orten, welche aufgehört haben, Waffenplätze zu sein, es wäre denn, daß sie gültig veräußert, oder das Eigenthum wider den Staat ersessen worden wäre;

Sätze 540 und 541 des L. R.

g) öffentliche Gebäude, z. B. Amthäuser, Staatsgefängnisse und dergleichen;

h) die Bergwerksanlagen;

i) die Jagd und Fischerei;

Brauer Commentar Bd. 1. pag. 392 und 393.

k) die Fährgerechtigkeit auf nicht schiffbaren Gewässern;

l) die vom Staate erbauten, oder erworbenen Kanäle; und endlich

m) die Goldwasche.

§. 3.

ad I a. Wege, die zur gemeinen Communikation dienen, und daher nur mit Genehmigung des Staates geschlossen

Digitized by Google

werden können, heißen Landstraßen im weitern Sinne, öffentliche Wege (viae publicae). Unter ihnen sind begriffen die Land- oder Heerstraßen (viae regiae).

Sächsisches Landrecht Bd. 1. Art. 59.

Die Anlegung eigentlicher Landstraßen ist ein Recht der Landespolizei, wovon die Befugniß, einen Gemeindeweg in eine Landstraße zu verwandeln, oder diese über Privateigenthum zu führen, und die Interessenten für ihre verlorenen Rechte zu entschädigen, eine Folge ist.

Satz 545 des L. R.

Verfassungsurkunde v. J. 1818. Regierungsblatt desselben Jahres Nr. 18. pag. 103.

Die Unterhaltung der Landstraßen ist eine allgemeine Landeslast.

Reichsschluß vom Jahre 1670. Neue Sammlung der Reichsabschiede Th. 4. pag. 75.

Die Staatskasse baut und unterhält deßhalb die chaussirten Land- und Commercialstraßen, auch innerhalb der Orte, durch welche diese Straßen ziehen, und innerhalb ihres Etters, mit allen dazu gehörigen Brücken und Dohlen. Die Ortsgemeinden haben jedoch für die Mitbenützung der Straßen einen verhältnißmäßigen jährlichen Beitrag an die Chausseekasse zu entrichten, die Straße neben der Fahrbahn zu unterhalten, und die Belfuhr der Materialien, so wie die Handarbeit beim Pflastern in der Frohnd zu leisten.

Dieser Beitrag besteht auf Straßenzügen in Städten und Dörfern, welche gepflastert sind, oder mit Kopfsteinen unterhalten werden, in 8 kr. von jeder laufenden Ruthe; bei Kiesstraßen in 5 kr., und wo Steigen und Brücken über 20 Fuß Oeffnung vorkommen, in der Hälfte mehr.

Regierungsblatt v. J. 1825. Nr. 9.

§. 4.

ad l b. Bekanntlich gehören im Sinne des deutschen Rechts zu den öffentlichen Gewässern alle schiffbare Flüsse. (flumina navigabilia)

Sachsenspiegel II, 28. — II feud. 56.

Das römische Recht dagegen unterscheidet zwischen größeren und kleineren Flüssen, oder Strömen und Bächen. (flumen perenne et rivus). Diese wurden für das Eigenthum der Privaten, jene aber für Staatseigenthum erklärt.

l. 1. §. 1. — 4. D. de fluminibus (43, 12).

Elvers Themis. Neue Folge Bd. 1. H. 3. §. 5. pag. 429.

Nach dem Code civil, so wie nach unserem Landrecht besteht aber das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Staats- und Privateigenthum an Gewässern darin, daß, was schiffbar und floßbar ist, dem Staate, und das Gegentheil den Privaten gehören soll.

Ein Fluß kann jedoch nicht als schiffbar betrachtet, und der Administrativ-Justiz zugewiesen werden, so lange nicht diese Eigenschaft durch eine administrative Verfügung ermittelt, oder ausgesprochen worden ist.

Sirey recueil tom 21. II. pag. 119.

Auch ist ein Gewässer im Sinne des Satzes 538 des L. R. nicht darum schon schiff- oder floßbar, weil die Ufereigenthümer, um über dasselbe zu setzen, sich irgend eines in die Schiffahrt einschlägigen Mittels bedienen, sondern das Criterium der Schiff- oder Floßbarkeit besteht einzig darin, daß auf dem Gewässer in der That zu Berg und Thal geschifft, oder geflößt wird.

Sirey l. c. tom 22. II. 113.

Hienach ist ein Gewässer nicht floßbar, und kein Staatseigenthum, wenn dasselbe nicht mit Flößen im eigentlichen Sinne befahren wird, z. B. wenn auf Gewässern nur einzelne Holzscheiter verflößt werden.

Sirey l. c. tom 24. I. 1.

§. 5.

ad l c. Das Meer, jener große Wasserbehälter, in welchen Bäche und Flüsse ihre, inzwischen nicht auf andere Weise benützten Wassermassen abliefern, enthält ohne Zweifel wildes, ungefangenes Wasser, welches sich noch in seiner natürlichen Freiheit befindet, und deßhalb in Niemands Eigenthum sein kann.

Dieser Grundsatz steht sowohl im römischen Rechte, als im Code civil und badischen Landrechte fest.

Nach römischem Rechte ist aber auch der Meeresboden durch die Gewalt der Wogen dem commercium humanum entzogen, nicht minder das Meeresufer, wahrscheinlich aus dem Grunde, weil die Nebensache sich nach der Hauptsache richtet. Schon Cicero traf diese Bestimmung als arbiter nach den höchsten Meeresfluthen, wie solche namentlich zur Winterszeit eintreten.

l. 96. pr. D. de verb. sig. (50, 16). §. 3. J. de rerum divis. (2, 1).

Dies ist jedoch nicht nach dem Code civil und nach badischem Rechte der Fall. Hier nahm man mit gutem Grunde an, daß, obgleich die Meeresufer sich vom Meere

Digitized by Google

ſelbſt nicht wohl trennen laſſen, ſelbe dennoch, ohne einen Beſitz am Meere anzuſprechen, ſich zur Innehabung vereigenſchaften, mithin bezüglich auf Eigenthumsrecht trennbar ſind, und dem Staate angehören.

Als Meeresufer wird nämlich Alles angeſehen, was das Meer während dem Neumond und Vollmond bedeckt, und bis wohin die große Märzfluth ſich auf dem ſandigen Ufer erſtrecken kann.

Laſſaulx a. a. O. pag. 23.

Der franzöſiſche Urtext führt in Art. 538 des Code civil als Staatseigenthum auf:

Les rivages, lais et relais de la mer.

Der geiſtreiche Commentator des Code civil Laſſaulx überſetzt dieſe Stelle:

die Ufer, die Anſchwemmungen des Meeres;

Spielmann in ſeiner Ueberſetzung des Code civil:

die Ufer und der Strand des Meeres;

Blanchard in der Ueberſetzung des Maleville'ſchen Commentars:

die Ufer und Seeküſten mit ihrem Anwuchſe;

Dabelow im Commentar:

die Ufer und Geſtade des Meeres mit ihrem Anwuchſe;

und endlich:

Spangenberg im Commentar:

die Meeresufer, und der Strand, den das Meer trocken läßt, ſo wie die Alluvion an demſelben.

Der Redacteur des badiſchen Landrechts Staatsrath Brauer gibt die landrechtliche Beſtimmung des Satzes 538 dahin:

Als Zugehörden des Staatseigenthums werden betrachtet ꝛc. ꝛc.:

„das Geſtade und Flutbett des Meeres."

Damit iſt übrigens das Staatseigenthum an dem Meere nicht beſtimmt genug bezeichnet: es dürfte vielmehr die Bezeichnung im Sinne Spangenbergs richtiger dahin lauten:

die Meeresufer und Seeküſten, Plätze, welche das Meer verlaſſen hat.

Man vergleiche hierüber auch:

Baurittel Handbuch des badiſchen bürgerlichen Rechts zu Satz 538 des L. R.

Die geſetzliche Beſtimmung, daß das Geſtade und Flutbett des Meeres als Staatseigenthum betrachtet werden, hat indeſſen — wenn man bei den Worten des Geſetzes ſtehen bleibt — in Baden keine praktiſche Bedeutung, weil wir von einem Meere in unſerem Lande nichts wiſſen. Dagegen wird es keinem Zweifel unterliegen, daß, da größere Landſeen dem Meere gleichgeſtellt werden,

l. 112. D. de V. S. (50, 16) ubi:

Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. *Idemque juris est in lacu, nisi is totus privatus est;*

das Geſetz auf dieſe volle Anwendung findet, und ſomit in dieſer Hinſicht, z. B. wegen des Bodenſees eine praktiſche Bedeutung hat.

§. 6.

ad l d. Schon die Römer ſahen die vom Lande theilweiſe eingeſchloſſenen Buchten und Meerbuſen, oder die Häfen (portus) eben ſo wie flumina publica an, und erklärten ſie deßhalb für Staatseigenthum.

l. 4. §. 1. D. de divisione rerum (1, 8).

l. 59. D. de V. S. (50, 16).

Dieſe Beſtimmung gieng ſofort auch in's franzöſiſche Recht mit der Bezeichnung: ports, les havres, und in unſer Landrecht über.

Der Artikel 538 des Code civil, ſo wie derſelbe Satz unſeres Landrechts erklärt nebſtdem alle andere Theile des Staatsgebietes, die in keinem Privateigenthum ſein können, für Staatseigenthum.

Nun ſind aber keines Privateigenthums empfänglich alle ſolche Dinge, die nicht ihrer Natur, ſondern ihrer Beſtimmung halber, nicht allen Menſchen, ſondern allen Gliedern des Staates gemeinſchaftlich ſind, und müſſen daher nothwendig dem Souverain, welcher die Geſammtheit der Staatsglieder repräſentirt, angehören.

Dies hindert jedoch die Regierung keineswegs, auch nebenbei ſolche Gegenſtände zu beſitzen, welche eines Privateigenthums empfänglich ſind, ſei es durch ſpezielle geſetzliche Beſtimmungen (Sätze 539. 713 und 768 des L. R.), oder durch Erwerb mittels Verträgen (Kauf, Tauſch und dergleichen).

Laſſaulx a. a. O. Note 2. pag. 22 und 23.

§. 7.

ad l e. Die ſo eben allegirten Sätze 539. 713 und 768 des L. R. verordnen gerade ſo — wie dieſelben

Digitized by Google

Artikel des Code civil — streng genommen, ein und dasselbe, und hätten deshalb leicht in einen zusammengefaßt werden können.

Der erstere Satz sagt nämlich:

Alle ledige und herrenlose — (biens vacants et sans maitre) auch alle erblose Güter gehören dem Staat.

Der zweite Satz gibt die Vorschrift:

Herrenlose Sachen gehören dem Staat;

und der dritte endlich verordnet:

Wenn kein Ehegatte des Verstorbenen im Leben ist, so fällt die Verlassenschaft dem Staat anheim.

Dabei entsteht vor allen Dingen die Frage:

Was versteht das Gesetz unter herrenlosen Gütern und Sachen?

Herrenlose Güter und Sachen sind nach dem Code civil sowohl, als nach dem badischen Landrecht nur diejenigen, welche, obgleich sie eigenthumsempfänglich sind, dennoch keinen Staatsbürger zum wirklichen oder nachfolgenden Herrn haben.

Nachfolgend ist hiebei derjenige, dem kraft bürgerlichen Gesetzes ein Bemächtigungsrecht zukömmt, wie z. B. der Markeigenthümer, der Finder einer verlassenen Fahrniß, der Erbberechtigte.

Brauer Erläuterungen Bd. 2. pag. 9.

Demnach ist als herrenlos jene verlassene Liegenschaft zu betrachten, welche keinem Banne angehört, oder welche einen eigenen Bann ausmacht, z. B. einzelne Höfe, oder eine Markung, wovon die Gemeinde untergegangen ist, oder ein von dem Eigenthümer verlassenes Haus, welches auf dem Grund und Boden des Staates steht.

Ferner ist herrenlos die Gesammtheit der beweglichen und unbeweglichen Sachen, welche einer ohne Erben in erbfähigen Graden (bis zum 12ten Grad einschließlich) verstorbenen Person angehören. Eben so ist als herrenlos anzusehen dasjenige Vermögen, welches einer untergegangenen todten Hand zukömmt, wohin z. B. die Güter aufgehobener Klöster gehören.

Brauer a. a. O. pag. 8.

§. 8.

ad I f. Hier ist vorzüglich der Unterschied zu bemerken, den der Satz 541 zwischen den Mauern und Wällen der ehemaligen, später verlassenen Waffenplätze, (places de guerre) und zwischen jenen der noch wirklich bestehenden Waffenplätze aufstellt.

Die Erstern sind der Verjährung unterworfen, d. h. z. B. bei geschleiften Festungswerken kann dem Staate die Verjährung entgegengehalten werden, bei den Letztern ist dies aber nicht zulässig.

Die Wälle, Gebäude, und der Grund und Boden der Waffenplätze sind nämlich als Solche unverjährbar. Sie können übrigens verjährbar werden durch eine Veränderung ihrer ursprünglichen Bestimmung; allein diese Veränderung kann nur aus einer ausdrücklichen Erklärung der Regierung hervorgehen, und nicht aus Thatsachen, die von dritten Besitzern herrühren, welche sich jene Liegenschaften zugeeignet haben können.

Sirey l. c. 1. 146.

Journal des audiences 26. 1. 157.

Die für die Gesundheitspolizei in Städten getroffenen Maaßregeln, z. B. Abtragung der Wälle, sind wesentlich dem öffentlichen Interesse angehörig: sie können vollzogen, aufgehoben, oder widerrufen werden, nach Gutfinden der Staatsverwaltung. Privatpersonen können daraus kein dingliches, oder erworbenes Recht ableiten, selbst dann nicht, wenn sie in der Zuversicht, daß jene Maaßregeln vollzogen würden, Speculationen unternommen hätten.

Sirey l. c. 17. II. 192.

§ 9.

ad I g. Alle Gebäulichkeiten, welche die Staatsregierung selbst für irgend einen öffentlichen Zweck benützt, oder gebraucht, namentlich auch die Postgebäude, Eisenbahngebäude, Zollgebäude, Zucht-, Irren-, Siechen- und allgemeine Arbeitshäuser, Gerichtsgebäude, worin öffentliche Behörden ihre Sitzungen halten, die Zeughäuser, Casernen, Lazarethe, und andere zum Militärdienst gehörige Gebäude sind Staatseigenthum.

§. 10.

ad I h. Die Bergwerksanlagen gehören zu den hohen Herrlichkeiten (regalia majora) und sind mithin Staatsgut.

Zu dem Recht der Bergwerke als Regal gehören alle Erze und Erzgesteine, so wie alle anderen Stein- und Erdarten, welche durch bergmännischen Bau gewonnen werden müssen.

Dagegen sollen im Privateigenthum verbleiben, alle

Digitized by Google

Stein- und Erdarten, welche durch gemeines Graben oder Steinhauen gewonnen werden können.

Ferner sollen den Privaten fortwährend zugehören die bereits eröffneten Bergwerke, in deren Besitz sie sich zur Zeit ihrer Unterwerfung unter die Staatsgewalt des Großherzogthums befunden haben.

Siebentes Organisationsedict v. J. 1803. §. 27.

Viertes Constitutionsedict v. J. 1807. §. 16.

Daraus erklären sich nun auch die Sätze 598 und 1403 des L. R., wo von Bergwerken die Rede ist, die im Privatbesitze sind. Insbesondere erklärt sich hieraus die Bestimmung des erst allegirten Satzes:

> Auf uneröffnete Bergwerke und Steinbrüche, auf unangelegte Torfgruben, und auf Schätze, die während der Nutznießung entdeckt werden, hat er (der Nutznießer) keine Ansprache.

In Frankreich werden die Bergwerke nicht geradewegs für Staatseigenthum, auch nicht für Privateigenthum erklärt; sie sind vielmehr solche Sachen, welche dem Staate nur in dem Sinne gehören, daß er die näheren Bestimmungen zu ertheilen berechtigt ist, unter welchen es einzelnen gestattet sein soll, sie zu benützen. Daher ist deren Betrieb an eine Concession von Seiten der Regierung gebunden.

Ein Gesetz vom 21. April 1810 erfordert diese Concession insbesondere:

1) für den Anbau von Gold- und Silberminen, und von solchen, in welchen nach Platina, Quecksilber, Blei, Eisen, Kupfer, Zinn, Zink, Galmei, Wißmut, Kobalt, Arsenik, Bernstein, Spießglas, Wasserblei, Bleiweis, oder sonstige metallische Substanzen, nach Schwefel, Stein oder Erdkohlen, fossilem Holz, Erdharz, Alaun, und nach schwefelsauren Metallen gegraben wird;

2) für die Anlage von Erzgruben, von Gruben von Rasen-Eisenerz, von Kiesen, welche in schwefelsaures Eisen verwandelt werden können, und von Thonerde.

Dagegen können ohne Concession angelegt werden:

Gruben von Schiefer, Sandstein, Bau- und anderen Steinen, Marmor, Granit, Kalk, Gips, Porzellan Erde, Traß, Basalt, Lava, Mergelerde, Kreide, Sand, Feuersteine, Thon, Walderde, Töpfererde, von erdigen und kieselartigen Substanzen aller Art, von kiesartiger Erde, welche als Dünger betrachtet wird, gleichviel, ob diese Gruben unter offenem Himmel, oder mittelst unterirdischer Gänge betrieben werden, mit dem einzigen Unterschied, daß im ersten Falle der Anbau blos der Aufsicht der gewöhnlichen Polizeigewalten, im zweiten aber der Aufsicht der Ingenieurs der Minen und Bergwerke unterworfen ist.

Torfgruben dürfen nur durch den Eigenthümer, oder mit dessen Einwilligung angelegt werden, und zwar bedarf derselbe zu dem Ende einer Erlaubniß, die ihm nach einer vorläufigen, auf der Unterpräfectur seines Bezirks zu machenden Erklärung ertheilt wird.

§. 11.

ad I 1. Der Artikel 715 des Code civil, so wie derselbe Satz des badischen Landrechts trifft die Bestimmung:

> „Jagd und Fischerei wird durch besondere Gesetze regiert."

Sowohl in Frankreich, als in Baden bestehen nun auch über Jagd und Fischerei besondere Gesetze.

Nach älteren französischen Gesetzen waren blos die Gutsbesitzer zur Ausübung der Jagdgerechtigkeit befugt, welche zugleich Gerichtsherrn (seigneur haut — justicier) waren, indem die Jagd als ein Jurisdictions-Annexum betrachtet wurde.

Andere Gutsbesitzer, die keine Gerichtsbarkeit hatten, mußten dazu von der Polizei mit einer besondern Erlaubniß versehen seyn. Seitdem die Patrimonalgerichtsbarkeit aufgehoben ist, kann zwar ein Jeder in seinem geschlossenen Eigenthum, z. B. in seinem Park, aber Niemand in offenen Feldern und Wäldern in der Heegezeit jagen. Zum Jagen auf offenem Eigenthum bedarf jedoch nach neuerem französischem Rechte jeder Grundeigenthümer einer besonderen Staatsbewilligung. Diese wird von der Polizei übrigens auch nur hinlänglich angesessenen Gutseigenthümern, d. h. solchen, welche ein Grundstück von wenigstens 60 Hectaren als Eigenthümer oder Pächter besitzen, und einzig für dieses Grundstück, auch jedesmal nur auf ein Jahr ertheilt.

Man vergleiche hierüber:

die kaiserliche Ordonnanz vom 10. August 1807 im Moniteur de 1807 Nr. 228.

Der Pächter kann das Jagdrecht im eigentlichen Sinne nicht ausüben, wenn sein Pachtvertrag hierüber schweigt.

Sirey l. c. 12. II. 323.

Journal du palais par Lebret —

St. Martin tom: 34 p. 460.

Digitized by Google

Denn das Jagdrecht gehört dem Eigenthümer, und nicht dem Pächter, wenn im Pachtvertrage nichts anderes festgesetzt worden, folglich wird derjenige, welcher auf dem Grund und Boden eines Andern mit der bloßen Erlaubniß des Pächters jagt, so angesehen, als wenn er ohne Erlaubniß auf fremdem Eigenthum jagte.

Sirey l. c. 28. I. 351.

Journal des audiences 26. I. 282.

Journal du palais tom 81. pag. 343.

Die Fischerei in den schiffbaren Flüssen und Gewässern ist in Frankreich ein wesentliches Recht des Domänenfiskus, und als Solches unveräußerlich. Jeder Verkauf der Administrativbehörde, welcher über die Thatsache der Veräußerung Zweifel zulassen sollte, muß im Sinne der Nichtveräußerung ausgelegt werden.

Sirey. l. c. 26. II. 342.

Keine Privatperson darf in den schiffbaren Flüssen und Gewässern fischen, außer mit der Angelschnur und aus freier Hand.

Die Fischereigerechtigkeit in einem nicht schiffbaren Gewässer ergibt sich aus dem Eigenthume des Grundes und Bodens, welcher das Gewässer begrenzt. Sie ist eine unzertrennliche Zugehörde desselben, so daß sie mit Rückbehaltung jenes Eigenthumes nicht veräußert werden darf.

Sirey l. c. 12. II. 141.

Journal des audienses 10. 2. 60.

Ehedem hatten die Gemeinden das Recht, in dergleichen (nicht schiffbaren) Gewässern zu fischen; dies Recht haben sie jedoch später wieder verloren. Dagegen haben die Ufereigenthümer die Fischerei zu genießen mit dem Vorbehalte, sich nach den allgemeinen Gesetzen, oder örtlichen Anordnungen über die Fischerei zu richten.

Gutachten des Staatsraths vom 19. Februar 1805 des Inhalts:

Der Staatsrath nach Anhörung des Berichtes der Section des Innern über die Frage, ob das Recht der Fischerei in den nicht schiffbaren Flüssen den Uferbesitzern oder den Gemeinden gehöre, in Erwägung:

1) daß die Fischerei der nicht schiffbaren Flüsse ehedem unter die Feudalrechte gehörte, weil dasselbe in Frankreich entweder dem Lehenherrn, oder dem Herrn, der die Gerichtsbarkeit besaß, vorbehalten war;

2) daß die Feudalrechte nicht zum Vortheil der Gemeinden, sondern zum Vortheil der Vasallen abgeschafft worden sind, welche in ihren Personen und ihren Besitzungen frei geworden sind;

3) daß die Uferbesitzer allen Nachtheilen ausgesetzt sind, welche mit der Nachbarschaft unschiffbarer Flüsse verbunden sind (deren äußerstes Ufer die Gesetze übrigens noch zu keinem öffentlichen Gebrauche vorbehalten haben), daß die Gesetze und Regierungsbeschlüsse sie zur Einzäunung und Unterhaltung der Ufer verbinden, und daß nach den Grnndgesetzen der natürlichen Billigkeit derjenige, welcher die Lasten trägt, auch die Vortheile genießen muß;

4) endlich, daß, wenn man den Gemeinden das Recht der Fischerei auf den unschiffbaren Flüssen bewilligen wollte, dies das Eigenthum des Uferbesitzers mit einer Servitut belegen hieße, welche dem Civilgesetzbuch zufolge nicht besteht — ist der Meinung: „daß das Recht der Fischerei in den unschiffbaren Flüssen in keinem Falle den Gemeinden zustehen kann; daß die Uferbesitzer es zu genießen haben, ohne jedoch dieses Recht anders, als in Gemäßheit der allgemeinen und Localverordnungen über die Fischerei ausüben zu können, und ohne es behalten zu können, wenn in der Folge ein Fluß, der heutzutage für unschiffbar gehalten wird, schiffbar werden sollte, und daß folglich alle Acte von Verwaltungsbehörden, welche Gemeinden in den Besitz dieses Rechtes eingesetzt hätten, null und nichtig erklärt werden müssen."

Das Recht des Genusses der Fischerei von Seiten der Ufereigenthümer in nicht schiffbaren Gewässern dauert nach den Endworten dieses Gutachtens nur so lange fort, als das Gewässer die Eigenschaft behält; wird es in der Folge schiffbar, so hört das Fischereirecht auf.

Man vergleiche hierüber auch:

Sirey l. c. 5. II. 433.

Journal du palais tom 14. pag. 64.

Die Ausübung des Fischfangs in einem Wasser, welches Zugehörde eines Privateigenthums ist, dessen Besitzer sich dabei beruhigt, ist kein Frevel, welcher sich zu einer öffentlichen Anklage eignete;

Sirey l. c. 7. II. 74.

Journal du palais t. 19. p. 344.

Journal des audiences 5. 2. 74.

Digitized by Google

ausgenommen in dem Falle, wo zu einer verbotenen Zeit oder auf verbotene Weise gefischt würde. In diesem Falle kann und soll sogar die Staatsbehörde von Amtswegen einschreiten, selbst wenn der Ufereigenthümer keine Beschwerde erhoben hat.

Sirey. I. c. 7. II. 1097. — 8. I. 251. — 9. I. 289.
Journal des audiences 6. 2. 63.
Journal du palais t. 21. pag. 241.

§. 12.

Im Großherzogthum Baden berechtigt das Grundeigenthum überall nicht zur Jagd, sie wird vielmehr den Regalien beigezählt, für welche immer die Vermuthung streitet, daß sie dem Staate angehören, so daß jeder Andere, der eine Berechtigung für sich behauptet, solche beweisen muß.

So bestimmt das dritte Constitutionsedict §. 46. litt. B. i:

Den Standesherrn verbleiben allein (unter andern) die Jagdnutzungen;

ferner das vierte Constitutionsedikt §. 18, litt. f.:

Den Grundheern belassen Wir die Jagd in und außer ihren Grundherrschaften, wo sie dermalen im rechtmäßigen Besitze derselben sind, doch vorbehaltlich mit Einzelnen, die in unserer Oetsheerlichkeit Jagd haben, oder in deren Gemarkungen Wir solche haben, nach beidseitig billigen Grundsätzen eine Auslösung zu regulieen;

sodann das siebente Organisationsedikt §. 23.

Das Jagdrecht ziehen Wir ebenfalls nur in Absicht der Oberaufsicht an Uns, vermög deren Wir das Recht, Jagdordnungen zu machen, und auf deren Handhabung zu wachen, dem landesherrlichen Amt anhängig erklären:

Den Ertrag und die Benutzung desselben aber belassen Wir den Städten, jedoch so, daß solche nur durch einen, oder einige angestellte Jäger aus der Bürgerschaft exercirt werde, und das duech sie erlegte Wildpret in dem Stadtgebiet um billige Taxen ausgehauen und verkauft werden müsse, auch Unsern angestellten Obervogteibeamten frei stehen solle, zu ihrer Belustigung und Hausgebrauch sich deren mit zu bedienen. Uebrigens zur Recognition Unserer Oberherrschaft behalten Wir Uns noch weiter vor, daß, wenn Wir in dem Stadtgebiete uns aufhalten, alle städtische Jagdausübung auf so lange quiesciren, und während dieser Zeit die Jagd zu begehen, und zu benutzen, keinem als Uns zustehen soll. Was übrigens die nach dem zweiten Artikel an Uns mit der Gerichtsbarkeit übergehende Unterthanenorte betrifft, da geht auch das Jagdrecht mit Ertrag und Benützung an Uns über.

Aus allen diesen Verordnungen geht deutlich hervor, daß die Jagd — als zu den niedern Herrlichkeiten (regalia minora) gehörig — dem Staate als Jurisdictionsherrschaft angehöre, daneben aber auch den Standesherrn, Grundherrn und den Städten zugehören könne, insofern nämlich bei diesen die Jagdgerechtigkeit in rechtmäßiger Uebung ist. Das Jagdrecht kann auch von diesen (ehemals Herrlichkeitsberechtigten) an andere Standesherrn, Grundherrn u. s. w. durch rechtmäßige Veräußerungstitel übergehen, nicht aber an Unadeliche oder Private.

Dagegen kann der Jagdgebrauch oder die Ausübung des Jagdrechts mit Beobachtung der Jagdpolizeigesetze, wie jeder andere Genuß einer Sache benützt werden. Denn bekanntlich sind in neuester Zeit sämmtliche dem Staat gehörige Jagden verpachtet, und im Genusse von Privaten.

§. 13.

Die Fischerei im Allgemeinen wird als ein Anhang der Jagd in Baden ebenfalls zu den niedern Herrlichkeiten gerechnet, und daher gilt auch hier ganz dasselbe, was von der Jagd gesagt wurde.

Das dritte Constitutionsedikt a. a. O. verordnet:

Den Standesherrn verbleiben allein (unter andern) die Fischereinutzungen.

Ebenso heißt es in dem vierten Constitutionsedikt §. 18. litt. b.

Den Grundherrn bleibt die Fischerei in der Maaße, wie sie solche vorher genossen, zu gebrauchen.

Endlich setzt das siebente Organisationsedikt in §. 24. fest:

Das Fischerei- und Schifffahrtsrecht verbleibt durchaus den Städten als eine vogteiliche Einnahme da, wo sie solche vorher hatten, ohne Unterschied zwischen dem Municipalgebiet und den an Uns übergehenden Unterthanenorten.

Auch hier kann der Genuß der Fischerei jedem Privaten überlassen werden, was sowohl in öffentlichen Flüssen, als bei Privatbächen der Fall ist. Uebrigens wird es

Digitized by Google

kaum einer besondern Erwähnung bedürfen, daß es jedem Privaten erlaubt ist, überall mit der Angel und aus freier Hand zu fischen, wo es ihm beliebt.

§. 14.

ad l. k. Das Fährrecht oder die Fährgerechtigkeit (jus trajectus) ist bekanntlich das Recht, Menschen und Güter mittelst einer Fähre für ein gewisses Fährgeld über ein Gewässer zu setzen.

Daß dies Recht auf schiffbaren Flüssen ausschließliches Staatseigenthum ist, unterliegt nicht dem mindesten Zweifel. Wohl aber kann darüber Zweifel entstehen, ob die Fährgerechtigkeit auf nicht schiffbaren Gewässern ebenfalls als Staatseigenthum, oder aber als Privateigenthum betrachtet werde.

In Frankreich wird das Fährrecht auch auf nicht schiffbaren Gewässern für Staatseigenthum gehalten.

Man sehe hierüber:

Thilo französisches Civilgesetzbuch Th. 1. pag: 319.

In Baden kam diese Frage noch nie zur Erörterung.

§. 15

ad l. l. Die vom Staate erbauten, oder an sich gebrachten Kanäle sind unbestritten Theile des Staatseigenthums. Dagegen sind die von Privatpersonen erbauten Kanäle Privateigenthum, jedoch mit der immerwährenden Dienstbarkeit belastet, in diesem Zustande zu bleiben, und allen denjenigen die Durchfahrt zu gestatten, welche dieselben den Vorschriften und dem Tarife gemäß benützen wollen. Selbst mit Bewilligung der Regierung können die Privateigenthümer der Schifffahrtskanäle keine anderen, als die tarifmäßigen Gebühren beziehen, so lange es sich nur von dem durch die Verleihungsurkunde bestimmten Gebrauche des Kanals handelt, dem die Eigenthümer nicht unterworfen wurden, z. B. die Stationirung der Fahrzeuge im Kanal längere Zeit hindurch sich gefallen zu lassen, als die Bedürfnisse der Schifffahrt erfordern, so können die Eigenthümer des Kanals ermächtigt werden, eine Gebühr für diese Stationirung zu beziehen, deren Betrag in ihrem Tarife nicht festgesetzt ist.

Kaiserlich französisches Dekret vom 16. März 1810. *Sirey* l. c. 26. l. 254.

§. 16.

ad l. m. Die Goldwasche wird in Baden zu den hohen Herrlichkeiten (regalia majora) gerechnet, und ist mithin ausschließliches Staatseigenthum.

Das dritte Constitutionsedict §. 45. litt. h. enthält hierüber Folgendes:

> Wir erklären für landesherrlich (unter andern) die Goldwasche.

Sodann heißt es im vierten Constitutionsedict §. 16.:

> Die hohen Herrlichkeiten (regalia majora) können nur Uns angehören, wohin Wir (unter andern) rechnen die Goldwasche.

(Schluß folgt.)

II.

Ist es als eine ungebührliche Behandlung des Anwalts einer Partei im Sinne des §. 1244 Nr. 4 der P. O. zu betrachten, wenn ein Richter dem Anwalt auf die Betreibung einer Sache bemerkt, es solle, um seinem zudringlichen Anrufen ein Ende zu machen, sobald es die Geschäfte erlauben, eine Verfügung erfolgen —? (Annalen Jahrgang 7. p. 45 folgende.)

Auf eine diesfalls von einem Rechtsanwalte an das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises ergriffene Beschwerdeführung erkannte dasselbe am 6. Mai 1843 wie folgt:

„Der Richter, welcher erklärt, er werde dem Anrufen dadurch ein Ende machen, daß, sobald es die Geschäfte erlauben, er in der Sache verfügen wolle, gibt zu erkennen, daß er das Anrufen für gesetzlich begründet hält, weil er dasselbe sonst, statt jenes Versprechen zu geben, zurückgewiesen haben würde. Das Prädikat: zudringlich, welches er dabei dem Anrufen beilegt, hat daher offenbar keinen weitern Sinn als, daß das Anrufen ihm lästig und unbequem war, sei es, weil er sich dadurch getroffen fühlte, oder sich bewußt war, sein Amt nach Möglichkeit gehandhabt zu haben. Wenn dasselbe daher auch eine übel angebrachte Empfindlichkeit verräth, so enthält es doch keineswegs eine ungebührliche Behandlung des Beschwerdeführers. Aus diesen Gründen, und nach Ansicht des §. 169 der Proceßordnung wegen der Kosten — wird die von ꝛc. ergriffene Beschwerdeführung unter Verfällung des Beschwerdeführers in die Kosten als ungegründet verworfen."

Dr. Löw.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt das 3te und 4te Quartal des eilften Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1844 auf's Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. | Nro 51. | Karlsruhe den 23. Dezember 1843.

I.

Ueber das Eigenthumsrecht an Sachen, insbesondere über das Eigenthumsrecht an Flüssen und Bächen, nach französischen und badischen Gesetzen.

(Schluß).

§. 17.

ad II. Gemeindegüter (biens communaux) sind alle diejenigen, an deren Proprietät oder Ertrag die Einwohner einer Gemeinde, oder mehrerer Gemeinden ein wohl erworbenes Recht haben.

Art. 542 des Code civil.

Satz 542 des L. R.

Man kann sie in solche, deren Gebrauch einem jeden Mitgliede der Gemeinde, wiewohl nicht ausschließlich, gebührt, und in solche eintheilen, deren Gebrauch und Ertrag nur der Gesammtheit zusteht. Zu den erstern gehören die gemeinen Triften, Brunnen, Backöfen, Kirchen und Kirchhöfe, sodann die Straßen und öffentlichen Plätze in einer Stadt, die nicht, wie die Landstraßen, im Eigenthume des Staates, sondern im Eigenthum der Gemeinde stehen.

Discussions tom. 1. pag. 581.

Dabelow theoretisch practischer Commentar über den Code Napoléon Th. 2. §. 309. Nr. IV.

Ferner gehören dazu die Vicinalwege (chemins vicinaux) oder Gemarkungswege, d. h. diejenigen Wege, welche nach Art. 538 des Code civil und des badischen L. R. nicht dem Staate zugewiesen, und von ihm zu unterhalten sind. Daraus ergibt sich, daß alle öffentliche Wege, welche keine Landstraßen sind, zum Eigenthum der Gemeinden gehören, deren Gebiet sie durchschneiden.

Der Staat kann nicht dadurch allein das Eigenthum eines Gemeindewegs an sich ziehen, daß er sich bereit erklärt, dessen Unterhaltung auf sich zu nehmen.

Wenn übrigens ein aus dem allgemeinen Wohl abgeleiteter Beweggrund den Staat zu einer solchen Maaßregel bestimmen würde, so müßte er die Abtretung des Weges von der Gemeinde verlangen, und, um diese zu erwirken, nöthigenfalls die Verfügung des Art. 545 des Code civil (der auch in unser Landrecht Satz 545, so wie in unsere Verfassungsurkunde §. 14 übergegangen ist) anrufen.

Lassaulx a. a. O. pag. 24.

Auch können den Gebrauch und Vortheil dieser Wege Privatpersonen gerichtlich in Anspruch nehmen, in so fern er ihnen nöthig ist.

Sirey l. c. 6. II. 44.

Journal du palais 14. 41.

Die neue badische Gemeindeordnung v. J. 1832. §. 81 a. trifft diesfalls die nähere Bestimmung, daß, wenn ein Vicinal- oder Gemarkungsweg zum Behuf der gewöhnlichen oder außergewöhnlichen Benützung für größere Waldungen, von Salinen, Berg- und Hüttenwerken, oder irgend einer andern Gewerbsunternehmung in besonderem Maaße gebraucht, und verdorben werde, der Eigenthümer oder Unternehmer angehalten werden könne, außer seinem Antheile an der Umlage zur Bestreitung der Gemeindeausgaben noch einen besondern Beitrag zur Unterhaltung des Weges in die Gemeindekasse zu bezahlen, welcher mit Rücksicht auf die Art und den Umfang seiner stärkern Benützung des Weges, und auf die der Gemeinde durch seine Unternehmung zugehenden Vortheile mit dem Gemeinderath und Ausschuß gütlich ausgemittelt, oder von der Staatsbehörde (dem Bezirksamt) festgesetzt werden solle.

Digitized by Google

Im Falle die neue Anlage eines Weges oder eine Hauptverbesserung desselben wegen einer solchen Besitzung oder Gewerbsunternehmung nöthig sein sollte, darf ein verhältnißmäßiger Beitrag zu den Kosten von dem Eigenthümer oder Unternehmer verlangt werden.

Alles liegende und fahrende Vermögen einer Gemeinde, gleichviel, ob das liegende Vermögen Gemeinde- oder Allmentgut ist — ist das Eigenthum der Gemeindebürger als Gesammtheit.

Gemeindeordnung §. 53.

Dadurch sollte in der neuen Gemeindeordnung deutlich und mit einer Bestimmtheit, die gar keinen Zweifel übrig läßt, ausgedrückt werden, daß das Vermögen der Gemeinden Eigenthum aller jetzt lebenden und künftigen Bürger sei, daß daher die jetzt Berechtigten nicht nach Gutdünken darüber verfügen, sondern nur das Recht der Benützung haben, und verlangen können, daß der Ertrag desselben zu Gemeindezwecken verwendet werde.

Man vergleiche die Erläuterungen zur Gemeindeordnung ad 53.

§. 18.

Als Gemeindegut ist Alles zu betrachten, was in der Gemarkung einer Gemeinde liegt, und weder eingeschlossen, noch abgegrenzt ist, es sei denn, daß durch gültige Rechtstitel das Gegentheil nachgewiesen werden kann.

Sirey, l. c. 6. II. 991.

Die Thatsache, daß von mehreren Gemeinden, zwischen denen ein wechselseitiges Durchtriebsrecht besteht, die eine einen Theil des Grundes und Bodens, über welchen dieses Recht ausgeübt wurde, abgeschlossen und damit dem Durchtrieb entzogen hat, gibt der andern Gemeinde die Befugniß, die gänzliche Aufhebung dieses wechselseitigen Rechtes zu verlangen, so klein auch der dem Durchtrieb entzogene Theil sein möchte, selbst dann, wenn die klagende Gemeinde ihrerseits einen Theil ihres Grundes und Bodens der Ausübung jenes Rechts entzogen hätte. Das Gesetz gestattet in diesem Falle nicht eine Art von Wettschlagung.

Sirey, l. c. 29. II. 207.

Journal des audiences 29. 2. 31.

Vergleiche auch Satz 648 des L. R.

Eben so wenig kann eine Gemeinde das Durchtriebsrecht auf der Gemarkung einer andern Gemeinde verlangen, wenn sie dieser Gemeinde nicht eine angemessene Wechselseitigkeit innerhalb der Grenzen ihrer Gemarkung dafür einräumt.

Sirey, l. c. 4. II 222.

§. 19.

Die Vereinigung der Gemeinden darf ihren gegenseitigen Rechten keinen Abbruch thun. Wenn mithin eine Abtheilung einer Gemeinde von derselben getrennt und einer andern einverleibt wird, so behalten die Einwohner der Abtheilung das Beholzigungsrecht an den Gütern jener Gemeinde, welches ihnen vorher zustand.

Sirey, l. c. 27. II. 203. — 28. I. 375.

Journal des audiences 26. I. 245.

Eben so wird auch durch die Vereinigung den Einwohnern der vereinigten Gemeinde kein Beholzigungsrecht in der Gemeinde, mit welcher sie vereinigt wurden, verliehen.

Sirey, l. c. 28. II. 242.

Journal des audiences 26. II. 220.

Dasselbe, was von den Gemeindegütern gilt, ist auch analog auf die Güter der Korporationen und öffentlichen Anstalten, Universitäten, Hospitäler, Waisen- und Armenhäuser anzuwenden.

Argum. des Satzes 537 des L. R.

Spangenberg, Kommentar über den Code Napoléon, B. 2. §. 398.

§. 20.

Ad III. Die weder schiff- noch floßbaren Gewässer und Bäche gehören Denjenigen, über deren Grund und Boden sie fließen — den Privaten (à des particuliers) — und im Verhältnisse der Ausdehnung ihrer Besitzungen.

Sirey, l. c. 5. II. 217.

Dagegen gehört das Bett der weder schiff- noch floßbaren Gewässer nicht den Ufereigenthümern zu. Ein solcher Ufereigenthümer kann demnach nicht mit Grund eine Entschädigung an den gegenüberliegenden Eigenthümer blos um des Thatumstandes willen fordern, daß dieser Anlagen in dem Theile des Flußbettes längs dem Eigenthum des erstern gemacht hat. Dieser hat nur einen Anspruch auf Ersatz des wirklichen Schadens, den jene Anlagen ihm etwa verursachen.

Sirey, l. c. 32. II. 411.

Im Zweifel, ob ein längs eines schiffbaren Flusses hinziehender Weg ein Vicinalweg und der Gemeinde zugehörig sei, oder ein Leinpfad, der den Uferbesitzern angehört, ist dem Wege die Eigenschaft des Eigenthums der Uferbesitzer

Digitized by Google

beizulegen, da die Vermuthung dafür streitet, daß der Weg über das Eigenthum der Uferbesitzer genommen worden ist.

Sirey, l. c. 22. II. 32. — 34. II. 120.

Die Bäume, welche an den Heerstraßen kraft Gesetzes von den anstoßenden Besitzern gepflanzt werden müssen, gehören diesen Güterbesitzern eigenthümlich zu.

Sirey, l. c. 5. II. 325. — 12. II. 216.

Die Privatpersonen dürfen über alle ihnen gehörigen Sachen und Güter frei verfügen, was aber bei den Gütern, welche keiner Privatperson gehören, nicht der Fall ist, indem diese nur unter gewissen Formen und gesetzlichen Bestimmungen verwaltet werden.

Art. 537 des Code civil, und derselbe Satz des badischen L. R.

§. 21.

Ueber das Eigenthumsrecht an einem weder schiff- noch floßbaren Bache wurde ein nicht uninteressanter Rechtsstreit im verflossenen Jahre rechtskräftig entschieden.

Es klagte nämlich die Gemeinde Forchheim gegen den Großherzoglichen Domänenfiskus bei dem Großherzoglichen Hofgerichte des Mittelrheinkreises in Rastatt wegen des Miteigenthumsrechts und der Benützung des Federbachs.

In der Klage wurde behauptet: der Federbach, weder schiff- noch floßbar, trenne ungefähr eine halbe Stunde weit die Gemarkung der Gemeinde Forchheim von einem Walde, welcher bis zum Lüneviller Frieden der Gemeinde Neuburg gehört habe, seitdem aber Eigenthum des Großherzoglichen Fiskus sei. So lange dieser Wald der Gemeinde Neuburg gehörte, sei von jeher die an denselben angrenzende Hälfte des Federbaches von Neuburg, die andere an die Forchheimer Gemarkung angrenzende Hälfte aber von Forchheim ausschließend benützt worden. Auch nachdem der Wald an den Großherzoglichen Fiskus übergegangen war, habe die Gemeinde Forchheim ihre Gerechtigkeiten in dem Federbache ausgeübt, namentlich gefischt, und das Wasserkraut sich zugeeignet. Im Jahre 1837 habe aber der Großherzogliche Fiskus das Fischwasser des ganzen Baches in Pacht gegeben, und da Forchheim demungeachtet fortfuhr zu fischen, wollte der Großherzogliche Fiskus dies als einen Frevel bestraft wissen. Hiedurch sei die Gemeinde — welche von jeher unbestrittene Eigenthümerin der an ihre Gemarkung angrenzenden Hälfte des Federbachs gewesen sei, und jedenfalls durch ihren unvordenklichen Besitz sowohl das Eigenthums- und Benützungsrecht an demselben ersessen habe — in ihrem Rechte verletzt.

Es wurde sofort gebeten, zu erkennen:

„daß der Gemeinde Forchheim das Eigenthums- und Benützungsrecht oder doch letzteres an dem Federbach zustehe."

Der beklagte Großherzogliche Fiskus erklärte hierauf:

Er wisse nicht, ob der Federbach, der allerdings weder schiff- noch floßbar sei, an die Forchheimer Gemarkung grenzt, und widerspreche, daß die Klägerin das Eigenthum an diesem Bache längs ihrer Gemarkung durch Verjährung erworben habe. Für das von ihr eventuell ausgesprochene Benützungsrecht ohne Eigenthum sei gar kein Rechtstitel angeführt. Die Klägerin erkenne selbst an, daß der Beklagte sich gegenwärtig im Besitze des Eigenthums- und Benützungsrechts am Federbach befinde, der Besitz habe aber, von Vertragsverhältnissen abgesehen, nach Landrechtssatz 544 c. alle Wirkungen des Eigenthums gegen Jeden, der nicht ein stärkeres Recht geltend machen könne.

Bei der am 22. Juli 1840 stattgehabten mündlichen Verhandlung der Sache erklärte der kläger'sche Anwalt, daß unter dem Eigenthumsrecht an dem Federbache, um dessen Zuerkennung im Klagbegehren gebeten wurde, nur das Miteigenthumsrecht zu verstehen sei, wie auch aus dem Contert der Klage hervorgehe.

Das Großherzogliche Hofgericht des Mittelrheinkreises erließ hierauf am nämlichen Tage folgendes Zwischenurtheil:

„Würde die Klägerin binnen 4 Wochen — des andern Theils Gegenbeweis innerhalb gleicher Frist vorbehalten — bei Vermeidung des Ausschlusses mit allen in dieser Frist nicht vorgeschlagenen Beweismitteln rechtsgenügend beweisen:

daß und wie weit ihr Gemeindseigenthum dem, dem beklagten Fiskus zugehörigen Walde Kastenwörth gegenüber an den Federbach anstoße;

so soll sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens ist."

Die Entscheidungsgründe lauteten folgendermaßen:

Die Klägerin spricht das Miteigenthums- und Benützungsrecht an dem Federbach in dem Sinne an, daß sie befugt sei, diesen Bach, so weit er ihr Eigenthum begrenzt, in gleichem Umfange, wie der Großherzogliche

Digitized by Google

Fiskus als Eigenthümer des gegenüberliegenden Waldes Kastenwörth zu benützen.

Sie gründet dieses Begehren:

1) auf das Gesetz, und

2) auf unvordenklichen Besitz.

So viel ist unbestritten, daß der Federbach weder schiffnoch floßbar ist, er gehört daher nicht dem Staate, sondern den Eigenthümern der Ufer in so fern, als diese kraft Gesetzes berechtigt sind, ihn zu benützen.

Landrechtsätze 538, 561 und 644. Da jedoch der Beklagte nicht wissen will, ob das Eigenthum der Klägerin an den Federbach anstoße, so mußte ihr über diese Thatsache, durch welche das Benützungsrecht vom Gesetze bedingt ist, Beweis auferlegt werden. Dagegen wurde nicht auch der von der Klägerin behauptete unvordenkliche Besitz zum Beweise ausgesetzt, weil sie nicht erst noch der Ersitzung bedarf, um ein Recht zu erwerben, welches ihr schon kraft Gesetzes zusteht.

Aus diesen Gründen, und nach Ansicht der §§. 290. 393. 399. 400. der Proceßordnung wurde, wie geschehen, erkannt.

§. 22.

Die klagende Gemeinde trat den ihr durch das hofgerichtliche Zwischenurtheil auferlegten Beweis durch Urkunden, Zeugen, Vermuthungen und Eideszuschiebung an. Beklagter Seits wird dagegen die Erheblichkeit des zum Beweis ausgesetzten Thema's bestritten, im Uebrigen aber bemerkt, daß es der vom klagenden Theil vorgeschlagenen Beweismittel nicht bedürfe, da vom Domainenfiskus zugestanden werde, daß die Klägerin dem, Staatseigenthum bildenden, Walde Kastenwörth gegenüber, an dem vorbeifließenden Federbach ebenfalls Eigenthum besitze.

Nach gepflogener mündlicher Schlußverhandlung erging am 26. Mai 1841 das hofgerichtliche Urtheil:

„Es sei die klagende Gemeinde mit der angestellten Klage, dahingehend, zu erkennen:

daß der klagenden Gemeinde Forchheim unter Verfällung des Beklagten in alle Kosten an dem Federbach das Eigenthums- und eben darum auch das Benützungsrecht, schlimmsten Falls aber wenigstens letzteres zustehe, und sie demnach für befugt zu erklären sei, gedachten Bach, wie seit undenklichen Zeiten in der Periode von 1837 willkührlich zu benützen,

unter Verfällung in die Kosten dieses Rechtstreits abzuweisen.

Die Gründe der Entscheidung waren:

Die von der Gemeinde Forchheim gegen den Großherzoglichen Fiskus angestellte Klage ist eine Eigenthumsklage. Dies ergiebt sich sowohl aus ihrem Inhalt, als ihrem Begehren, welches Letztere insbesondere dahin gerichtet ist, der Klägerin das Eigenthum, und eventuell das Benützungsrecht an dem neben ihrem Eigenthum vorbeifließenden Federbach zuzuerkennen.

Zu ihrer rechtlichen Begründung als Eigenthumsklage, oder als Klage auf Zuerkennung des in dem Eigenthum enthaltenen dinglichen Rechts der Nutzung gehört aber nun vor Allem, daß sich der Beklagte im Besitz des streitigen Grundstücks, oder der davon in Anspruch genommenen Nutzung befinde, weil das Begehren der Klage nur darauf gerichtet sein kann, daß der Beklagte als Besitzer das von dem Kläger in Anspruch genommene Eigenthum herausgebe, oder das Nutzungsrecht an den Kläger abtrete. Die vorwürfige Klage besagt aber nun ausdrücklich, daß die Gemeinde Forchheim von jeher, und bis auf die neueste Zeit den Federbach, so weit er an dem Kläger'schen Eigenthum vorbeifließt, auf jede Weise benützt, und alle möglichen Besitzhandlungen darin ausgeübt, und sich gar nicht daran gekehrt habe, daß von der Großherzoglichen Domainenverwaltung Rastatt im Jahre 1837 das Fischwasser des Federbachs verpachtet worden sei, die Klägerin darin vielmehr nur eine Störung ihres unfürdenklichen Besitzstandes zu erkennen vermöge. Mag daher die Klägerin, was in Vergleichung ihres Klagvortrags mit ihrem Klagbegehren zweifelhaft scheint, das Alleineigenthum, oder das alleinige Nutzungsrecht oder nur das Miteigenthum, und eventuell das Mitbenützungsrecht an dem Federbach, so weit er an dem Eigenthum der klagenden Gemeinde vorbeifließt, in Anspruch nehmen, immerhin ist ihre Klage rechtlich nicht begründet, weil, wenn sie auch nur das Miteigenthum oder Benützungsrecht verlangt, sie doch hätte behaupten müssen, daß sich nun der Beklagte Großherzogliche Domainenfiskus in den ausschließlichen Besitz des Eigenthums, oder der Nutzung gesetzt habe.

Deshalb und nach Ansicht des §. 169 der Proceßordnung hinsichtlich der Kosten ist, wie geschehen, erkannt worden.

Digitized by Google

§. 23.

Die klagende Gemeinde Forchheim, hiedurch beschwert, ergriff gegen dies Urtheil das Rechtsmittel der Berufung an das Großherzogliche Oberhofgericht, welches nach gepflogenen rechtlichen Verhandlungen am 4. März 1842 zu Gunsten der Appellantin abänderend dahin erkannte:

„daß der Klägerin an dem Federbach, so weit solche mit ihrem Gemeindseigenthum denselben berührt, das Miteigenthumsrecht, und eben darum auch das Mitbenützungsrecht daran zustehe, und dies zwar unter Verurtheilung des beklagten Großherzoglichen Domainenfiskus in die Kosten beider Instanzen."

Die Entscheidungsgründe waren so gefaßt:

Die angestellte Klage geht dahin, daß der klagenden Gemeinde das Miteigenthum an dem Federbach, so weit dieser ihre Gemarkung berührt, und als Folge dieses Eigenthums das Recht der Mitbenützung des Baches zuerkannt werde. Die Gemeinde gesteht hiebei den Großherzoglichen Fiskus, als Rechtsnachfolger der Gemeinde Neuburg in dem ihrer Gemarkung gegenüber liegenden Wald, Kastenwörth genannt, das gleiche Miteigenthums- und Mitbenützungsrecht zu, und indem sie auf der einen Seite drei bisher ungestört ausgeübte Benützungsarten benennt, nämlich Fischen, Hanfrezen, und den Bezug des Wassergrases zur Streu, bezeichnet sie auf der andern Seite als die ihr fiskalischer Seits zugefügte Rechtsverletzung die Thatsache, daß die Großherzogliche Domainenverwaltung in Rastatt die ausschließliche Befischung des Federbachs im Jahre 1837 in Pacht gegeben habe, und das Mitfischen der Inwohnerschaft zu Forchheim als Frevel betrachtet und bestraft wissen will.

Sie stützt ihr Miteigenthumsrecht an dem Federbach, weil solcher ihre Gemarkung begränze, auf das Gesetz und zugleich auch auf unvordenklichen Besitzstand. Der Großherzogliche Fiskus bestreitet der klagenden Gemeinde ein Miteigenthum an dem Federbach, so wie die Berechtigung, darin zu fischen, das darin wachsende Wassergras sich zuzueignen, er nimmt vielmehr das Eigenthum dieses Baches für sich in Anspruch, gesteht nicht nur die Thatsache der Fischereiverpachtung in solchem zu, sondern hat auch noch weiter anerkannt, daß das Gemeindseigenthum auf den Federbach stoße. Da die Partheien ferner darüber einig sind, daß der Federbach weder schiff- noch floßbar sei, und hieraus folgt, daß auf sie die Bestimmungen des Landrechtssatzes 538 keine Anwendung finden können, wonach Flüsse und andere Wasser, die schiff- und floßbar sind, als Zugehörden des Staatseigenthums betrachtet werden müssen, so frägt es sich zunächst nur, ob das von der Klägerin aus der Thatsache, daß sie mit ihrem Eigenthum an den Federbach gränze, auch solches angesprochene Miteigenthum gesetzlich begründet sei?

Wenn man die Bestimmungen ins Auge faßt, welche hierüber in dem, von den Sachen, dem Eigenthum und Genuß desselben handelnden zweiten Buche, und zwar insbesondere in dem 1. Titel, Kapitel 3. und 2. Titel, Kapitel 1 enthalten sind, so muß hiernach obige Frage unzweifelhaft bejaht werden.

Nach dem bereits oben angezogenen Landrechtssatze 538, sollen Flüsse und Gewässer, die schiff- und floßbar sind, als Zugehörden des Staatseigenthums betrachtet werden, und in dessen Gefolge findet sich im Landrechtsatz 560 die hieraus consequent abfließende weitere Bestimmung, daß große und kleine Inseln und Anlagen, die in dem Bett eines Flusses, schiff- oder floßbaren Stromes sich bilden, dem Staat angehören sollen. Wenn nun in dem folgenden Satz 561 gesagt ist:

„Inseln und Anlagen in unschiffbaren und unfloßbaren Gewässern gehören dem Ufereigenthümer, und haben sich dieselben nicht ganz auf einer Seite gebildet, so gehören sie den beiderseits angränzenden Eigenthümern, die Theilung geschieht nach der wahren Mitte des Flusses,"

so folgt hieraus nothwendig, daß das Gesetz die Ufereigenthümer bei solchen Gewässern als Bacheigenthümer angesehen wissen will, denn nur unter dieser Voraussetzung stellt sich das bei solchen kleinen Gewässern den Ufereigenthümern zugeschiedene Zuwachsrecht als folgerichtig dar.

In diesem Betracht ist aber das vorliegende Rechtsgesuch zumal in der Beschränkung, wie solches in dieser Instanz gestellt ist, nämlich, so weit das Gemeindseigenthum die Bachgränze bildet, vollkommen begründet, indem das hienach der klagenden Gemeinde zustehende Miteigenthum an dem Federbach die Befugniß enthält, solche auf die angesprochene Weise zu benutzen.

Wenn der beklagte Theil die Fischerei mit Bezug auf das dritte und vierte Constitutionsedikt als eine hier dem Großherzoglichen Fiskus zustehende Herrlichkeit betrachtet

Digitized by Google

wiſſen will, ſo findet dieſes in den genannten Edicten keine Begründung, da dieſelben weiter nichts beſagen, als daß den Standes- und Grundherrn das Fiſchereirecht da, wo ſie es hergebracht haben, verbleiben, alſo bei der zwiſchen den Standes- und Grundherrn einerſeits, und dem Staate andererſeits ſtattgehabten Revenüen-Abtheilung den Erſtern nicht entzogen werden ſollte, der Großherzogliche Fiskus aber keine Thatſachen angegeben hat, durch welche die Fiſcherei in dem Federbach als eine Herrlichkeit (Regal) erworben worden wäre.

Hiernach und hinſichtlich der Koſten mit Berückſichtigung des §. 169 der Proceßordnung mußte, wie geſchehen, erkannt werden.

Dr. Löw,
Hofgerichts-Selretär.

II.

Hofgericht des Mittelrheinkreiſes.

Rechtsfall, einen Meineid betreffend.

Unter mehreren andern aus Viehkauf und Viehtauſch-Händeln herrührenden Forderungen klagte Baeuch Ettlinger von Gondelsheim gegen Jakob Kolb von da auch eine ſolche von 37 fl. ein, die der Kläger thatſächlich damit begründete:

„daß er mit Jakob Kolb am 20. Juli 1835 einen Viehtauſch getroffen, er demſelben eine Kuh und jener ihm zwei Rinder gegeben, und ihm ein Aufgeld von 37 fl. verſprochen habe.“

Der Beklagte widerſprach dieſen Klagvortrag dahin:

„Unwahe iſt, daß der Kläger mit dem Beklagten am 20. Juli 1835 einen Viehtauſch dahin getroffen hat, daß er ihm eine Kuh gegen 2 Rinder und das Verſprechen eines Aufgeldes von 37 fl. gab.“

Den dem Kläger darüber auferlegten Beweis trat nun der Kläger durch Eideszuſchiebung an, indem er dem Beklagten einen Haupteid dahin zuſchob, er ſolle ſchwören:

„Es iſt nicht wahr, daß ich am 20. Juli 1835 mit dem Kläger einen Viehtauſch getroffen, und daß er mir eine Kuh gegeben hat gegen 2 Rinder und ein Aufgeld von 37 fl.“

auf welchen Eid dann auch in dem Endurtheile erkannt, und je von deſſen Ableiſtung oder Verweigerung die Abweiſung des Klägers mit dieſem Forderungspoſten, oder die Verurtheilung des Beklagten zu deſſen Zahlung abhängig gemacht worden iſt.

Bei der zur Abnahme der verſchiedenen von den Parteien ſich gegenſeitig zugeſchobenen Handgelübde und Eide abgehaltenen Tagfahrt nahm das Bezirks-Amt dem Beklagten in Bezug auf den fraglichen Poſten den Haupteid dahin ab: es ſei nicht wahr, daß er am 30. Juli 1835 mit Ettlinger den fraglichen Viehtauſch getroffen habe. Nachdem nun der Kläger durch das darauf erfolgte Purifications-Erkenntniß mit dieſem Forderungspoſten abgewieſen war, trat Baruch Ettlinger mit einer förmlichen Denunciation gegen Jakob Kolb auf, indem er dieſen des Meineids beſchuldigte, und den Beweis des wirklich mit dem Beklagten abgeſchloſſenen von dieſem aber eidlich abgeleugneten Vertrags durch Zeugen antrat.

Durch Urtheil des Hofgerichts Raſtatt vom 21. September 1843 wurde jedoch auf die geſchloſſene Unterſuchung hin erkannt:

„Daß der Denunziat Jakob Kolb von Gondelsheim von der gegen ihn erhobenen Denunziation zu entbinden und der Denunziant Baruch Ettlinger in die Koſten zu verfällen ſei.“

In den Entſcheidungsgründen zu dieſem Urtheile iſt nach Erzählung des Thatſächlichen folgendes geſagt:

„Der Thatbeſtand des Verbrechens des Meineides bei affertoriſchen Eiden in Civilſachen beſteht nur darin, daß der Schwörende entweder die Wahrheit einer Thatſache, oder das Nichtwahrſein einer Thatſache wiſſentlich falſch eidlich bekräftigt hat, und es fragt ſich daher zunächſt vor Allem, ob der Denunziat eine Thatſache eidlich abgeläugnet hat, deren Wahrheit von dem Denunciauten erwieſen worden iſt?“

„Wie bereits vorhin angeführt, ſo lag dem Klagvortrage des Klägers, dem Einredevortrage des Beklagten, der amtlichen Beweis-Auflage, der klägeriſchen Eideszuſchiebung und dem gerichtlichen bedingten Endurtheile überall die Thatſache zu Grunde:

„daß Baruch Ettlinger mit Jakob Kolb am 20. Juli 1835 den fraglichen Viehtauſch getroffen, wornach der Kläger dem Beklagten eine Kuh gegen 2 Rinder und ein Aufgeld von 37 fl. gegeben habe.“

Anſtatt den Beklagten nun dieſen Eid ableiſten zu laſſen, hat nun aber der Unterrichter, nach Inhalt des Beeidigungs-Protokolles vom 22. Juni 1843 dem Beklagten

Digitized by Google

den Eid dahin abgenommen, und es hat ihn der Beklagte dahin abgeleistet:

„Es ist nicht wahr, daß ich am 30. Juli 1835 mit Ettlinger einen Viehtausch getroffen, und gegen eine Kuh demselben zwei Rinder gegeben, und 37 fl. Aufgeld versprochen."

„Wenn man nun zwar auch zugeben kann, daß, wie wohl aus den Proceßverhandlungen hervorgeht, daß Ettlinger und Kolb in vielfachen Vieh-Kauf und Tauschhändeln mit einander befangen waren, die genauere Bezeichnung des einzelnen Handels dem Gegenstande, der Zeit und dem Orte nach, daher nicht als so ganz unwesentlich betrachtet werden kann — der Umstand, ob der in Frage stehende Viehtausch am 20. als am 30. Juli 1835 statt gehabt hatte, für die Verfolgung des klägerischen Anspruches im Civilrechtswege und die gerichtliche Entscheidung über diesen Anspruch von minderer Bedeutsamkeit gewesen sein mag, so wird man dagegen auf der andern Seite zugeben müssen daß der Thatbestand des Verbrechens des Meineides nothwendig an die Voraussetzung gebunden ist, daß der Schwörende etwas Wahres eidlich abgeleugnet, oder etwas Unwahres eidlich versichert habe."

„Da nun aber weder der Kläger behauptet, noch auch in dem Denunciationsproceesse irgend ein Zeuge angegeben hat, daß am 30. Juli 1835 ein Viehtauschvertrag zwischen Ettlinger und Kolb geschlossen worden sei, so hat der Denunciat dadurch, daß er beschworen, daß er am 30. Juli 1835 keinen Viehtauschvertrag mit dem Kläger eingegangen habe, nichts Unwahres beschworen, folglich sich auch des Verbrechens des Meineides nicht schuldig gemacht, weshalb er von der desfalls gegen ihn erhobenen Denunciation entbunden, und der Denunciat in die durch seine Denunciation veranlaßten Kosten verfällt werden mußte." X.

III.

Muß der Gläubiger einer in die Gemeinschaft gefallenen, von der Ehefrau in die — oder während der Ehe beigebrachten Schuld, diese gegen den Ehemann ausklagen?

In der Praxis stößt man gar häufig auf die Ansicht, daß wegen jeder Gemeinschaftsschuld — gleichviel von welchem Ehegatten sie ursprünglich herrühre — eben nur der Herr der Gemeinschaft, der Ehemann, belangt werden dürfe, daß also die Ehefrau wegen einer solchen, ursprünglich von ihr herrührenden, Schuld

(Landrechtsatz 1409. 1; 1410. 1494. 1486. 1426. 1411. 1414. 1418.)

nie die rechte Beklagte sei.

Auch einzelne Rechtslehrer sind der Ansicht, daß Schulden der Ehefrau, welche sie während der Ehe überkam und die in die Gemeinschaft fallen (1413) so lange die Gemeinschaft besteht — nicht gegen sie sondern nur oder doch mit gegen den Ehemann, als Herrn der Gütergemeinschaft ausgeklagt werden können;

Brauer T. III. Nr. 68. C.

Zachariä §. 509. T. III. p. 193 vor und in Note 16.*)

allein hiergegen kommt in Erwägung:

a. Die Gütergemeinschaft beruht auf einem unter den Ehegatten geschlossenen oder gesetzlich unterstellten Vertrag, welcher Dritten nicht nachtheilig sein, sondern in Folge des Landrechtsatzes 1121 nur nützen kann.

Landrechtsatz 1165.

b. Das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und der ihm persönlich verpflichteten Ehefrau wird also dadurch nicht alterirt, daß deren Schuld in die zwischen ihr und ihrem Ehemanne bestehende Gemeinschaft fällt, vielmehr bleibt nach

Landrechtsatz 1234. 1271. 2; 1273. 1275.

die Ehefrau so lang seine Schuldnerin, bis er sie losgibt;

Zachariä §. 520. T. III. p. 249. 250. §. 521. vor Note 4.

c. Dagegen kann der Gläubiger die in die Gemeinschaft gefallene Schuld auch gegen diese, also gegen ihren Vertreter, den Ehemann — ausklagen, denn dies ist in

Landrechtsatz 1419. 1426. 1431. 1446. 1484. 1485.

dem Gläubiger ausdrücklich gestattet, während von einem Zwang desselben zur Ausklagung der durch die Frau in die Gemeinschaft gekommenen Schulden nur gegen diese im Gesetze nirgends die Rede ist, ein solcher Zwang auch obigen allgemeinen Grundsätzen nicht entspräche.

Der Theil des Landrechts, worin die ehelichen Vermögens-Verhältnisse abgehandelt sind, will nur für die Ehegatten und die, welche von ihnen Rechte ableiten, aber nicht zum Nachtheil der Gläubiger Bestimmungen treffen.

Die Frau kann also von ihrem Gläubiger wohl belangt, muß aber — worauf der Richter zu sehen hat (§. 91 der Prozeßordnung) — von ihrem Manne, als Ehevogt, vertreten werden,**)

*) So kann ich diese beiden Schriftsteller nicht verstehen, sondern nur dahin, daß der Ehemann als Vertreter der Frau mitzubelangen sei, beziehungsweise daß er die Frau bei einer solchen gegen sie gerichteten Klage nach S. 215 mitzuvertreten habe. Daß aber wegen einer in die Gemeinschaft gefallenen, übrigens von der Frau herrührenden Schuld nach S. 1486 auch die Frau selbst (namentlich auch zum Zwecke des Zugriffs auf ihre eigenen, nicht in die Gemeinschaft gefallenen Güter) belangt werden könne, hat, wohl noch kein Rechtslehrer bestritten. D. Red.

**) Der Mann kann, soweit es sich nicht blos um die Verpflichtung der Gemeinschaft, beziehungsweise der Frau als Gemeinschafts-

Landrechtſatz 215.
der dann freilich auch das Intereſſe der Gütergemeinſchaft zu wahren im Falle iſt.
vergl. Archiv T. III. p. 126 — 130.

Stempf.

IV.

Hat in Fällen, wo es zweifelhaft iſt, ob ein zur hofgerichtlichen Competenz ſich eignendes Verbrechen vorliege, der Unterſuchungsrichter über die Competenzfrage zu entſcheiden?

(Vergl. die Annalen von 1842. Nr. 35 und 51 und von 1843. Nr. 35.)

Es gibt eine Competenz zur Unterſuchung, und wieder eine zur Aburtheilung gerichtlich ſtrafbarer Handlungen. Jede derſelben beſteht unabhängig von der anderen für ſich allein. Zur Unterſuchung allartiger Verbrechen, welche von nicht gefreiten Perſonen begangen wurden, ſind die Aemter ausſchließend competent.

Die Frage: welches Gericht das Urtheil zu geben hat? wird erſt am Schluſſe der Unterſuchung praktiſch. Soll aber Jemand in Unterſuchung genommen werden, ſo muß er der That halber rechtlich verdächtig ſein. Ob dieſes Erforderniß im concreten Fall vorhanden iſt, hat unſtreitig der unterſuchende Richter zu ermeſſen. Strafedict §. 6.

Deſſen ungeachtet will derſelbe Verfaſſer, welcher die geſetzlichen Beſtimmungen über die Competenz zur Unterſuchungsführung ganz klar findet, jenes Geſchäft in zweifelhaften Fällen dem Hofgerichte zuweiſen.

Die Zweifelhaftigkeit iſt aber nach Anſicht der Verordnung vom 26. Auguſt 1813 nur hinſichtlich des Strafmaaßes, und zwar dahin zu verſtehen, daß ſich die Aemter bei gewiſſen Vergehen des Urtheilens entſchlagen, und die Acten zur Fällung des Erkenntniſſes dem betreffenden Hofgerichte vorlegen können.

Der Herr Verfaſſer wird dagegen um ſo weniger einzuwenden haben, als ee die Beſtimmung des §. 16 ebenfalls nur auf die Zweifel über die Competenz zur Urtheilsfällung bezieht. Da nun dieſe allemal erſt auf die Unterſuchung folgt, ſo iſt es ein komiſches Anſinnen, daß ſich das Hofgericht auf amtliche Anfrage, ſchon vor gepflogener Unterſuchung, über ſeine Strafcompetenz durch ein Zwiſchenurtheil, welches bis jetzt im badiſchen Strafverfahren noch nicht eingeführt iſt, ausſprechen ſoll. Die Abſurdität dieſer Anſicht erſcheint ohne Zweifel viel offenbarer, als die Geſetzwidrigkeit, welche der dieſſeitigen Auslegung des §. 16 zum Vorwurf gemacht iſt; indem es ja der Fälle genug gibt, in welchen die Aemter wirklich zur Schöpfung des Urtheils in ſo lange competent ſind, als ſich dieſelben nicht für unzuſtändig erklären. Annalen von 1843. Nr. 21. S. 156 u. 157.

Dieſe Fälle geben zugleich Zeugniß davon, daß die Grenzlinien der Competenz durch die §§. 4. 2. 20 u. 21 des Strafedicts eben doch nicht ſo genau vorgezeichnet ſind, wie der Herr Verfaſſer meint.

Wären auch die §§. 20 u. 21 nicht außer Anwendung geſetzt, ſo müßte doch immerhin auffallen, daß der Verfaſſer im erſten Aufſatze, namentlich unter Bezug auf die §§. 2 u. 4, behauptet hat, es ſei dort nicht feſtgeſtellt, wie weit die Befugniſſe des Unterſuchungsrichters giengen, während er jetzt die Grenzen ſo haarſcharf gezogen ſieht. Indeſſen bringt es der geſunde Menſchenverſtand mit ſich, daß jene Befugniſſe nothwendig ſo weit gehen müſſen, als es der Zweck einer jeden Unterſuchung fordert. Man hat daher nicht nöthig, ſeine Zuflucht zu der abenteuerlichen, mit der beſtehenden Organiſation unſerer Gerichte ſchlechthin unvereinbarlichen Unterſtellung zu nehmen, daß der Inquirent in allen zur hofgerichtlichen Competenz ſich eignenden Strafſachen als delegirter Richter, und in ſo fern als ein Mitglied des urtheilenden Hofgerichts zu betrachten ſei!

Ebenſo vergebens bemüht man ſich, zu deduciren, daß die Hofgerichte in höheren oder peinlichen Strafſachen die unterſuchenden Behörden ſeien, nachdem es dem Geſetzgeber nun einmal gefallen hat, in dem vorhin allegirten §. 2 mit geſperrten Lettern die Hofgerichte für die urtheilenden, und die Beamten für die unterſuchenden Richter zu erklären. Dabei müßte es auch ſelbſt alsdann ſein Bewenden haben, wenn die Hofgerichte zweifellos befugt wären, außerordentlicher Weiſe Mitglieder aus ihrer Mitte mit der Führung von Unterſuchungen zu beauftragen, weil dieſe Befugniß den Obergerichten wohl nur in ihrer Eigenſchaft als Aufſichtsbehörden zuſtehen könnte, und in ſo fern kein haltbares Fundament für die gegneriſche Argumentation darbieten würde.

Da indeſſen die Prämiſſe unerwieſen iſt, ſo zerfallen die daraus gezogenen Conſequenzen von ſelbſt. Bayer.

---

genoſſin, ſondern um eine perſönliche Verbindlichkeit der Frau handelt, die Letztere ohne beſondere Vollmacht keineswegs vertreten, ſondern die Frau ſelbſt hat zu handeln, und der Mann hat dabei nach S. 215 u. ff. nur mitzuwirken. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 52 ſchließt das 3te und 4te Quartal des eilften Jahrgangs dieſer Zeitſchrift. Preis mit Poſtgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die beſtehende Poſteinrichtung nöthig macht, daß das erſte und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1844 auf's Neue beſtellt werden müſſen, ſo erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subſcribenten darauf aufmerkſam zu machen und ſie zu bitten, den betreffenden Poſtämtern möglichſt ſchnell anzuzeigen, ob ſie die Fortſetzung zu erhalten wünſchen, damit keine Unterbrechung in der Zuſendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Elfter Jahrgang. Nro 52. Karlsruhe den 30. Dezember 1843.

I.

Ueber den Begriff der Einreden nach badischem Proceß. §. 296. folg. §. 323. folg. §. 362. folg. §. 400.

Ist die s. g. Einrede des abweichenden Sachverhaltes eine wahre Einrede und wie ist sie bei der Proceßleitung zu behandeln? §. 329. 362.

Anwendung des richterlichen Fragerechtes. §. 338 folg.

Früher war es bei deutschen Gerichten sehr üblich, die meisten der nicht etwa sogleich duech Zugeständnisse des Beklagten eeledigten Rechtsstreitigkeiten ohne nähere Prüfung, ob wahre Einreden, Repliken u. s. w. vorgebracht wurden, bis zum Duplik-Vortrag fortzuspinnen. Diesem alten Schlendrian, welcher Verlängerung und Verthreuerung des Verfahrens, nach Umständen wohl auch Verwirrung der Streitfeage, mit sich führte, wollte die Proceßordnung vom Jahre 1831, wie es schon das frühere Proceßgesetz, die Obeegeeichtsordnung, versucht hatte, ein Ziel setzen, indem sie in §. 310. 323. 326. 329. 362—364. verordnete, daß auf die Vernehmlassung, den Replik-Vortrag u. s. w. nur dann ein weiterer Vortrag der Gegenpartei folgen solle, wenn wahre Einreden, Repliken u. s. s. nicht blos Antworten auf die Klage, Eineede, Replik darin enthalten seien.

Vergl. Weiler's Motive zum Entwurf §§. 323 folg. S. 27.

Bekk über die Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens u. s. w. Abschnitt 1. A zu I a. Ziff. 1 kk (S. 7 des besonderen Abdruckes)

Eine strenge, durchgreifende Definition des Begriffs Einrede hat sie nicht gegeben und wohl mit gutem Grund, weil sich eine allen Anforderungen genügende, die sich widerstreitenden Ansichten glücklich versöhnende, Definition nach dem dermaligen sowie nach dem damaligen Stand der Wissenschaft kaum geben läßt.

Es ist bekannt, wie der Begeiff Exceptio seit seinem Entstehen auf dem Boden Rom's sich verschiedenartig umgebildet hat. Ein anderer erschien er den Römern, bei welchen ee auf der Aequitas im Gegensatz des Jus civile beeuhte, ein anderer den Glossatoren, ein anderer nach dem canonischen Recht und den deutschen Reichsgesetzen, insbesondere nach dem J. R. A.; wieder ein andeeer endlich seit dem Beginn dieses Jahrhundert's, wo steengere Wissenschaftlichkeit den Begriff der Eineede mit der Lehee von der Beweislast in Verbindung und Einklang zu setzeu suchte.

Vrgl. Julius Knappe Versuch einer Entwicklung des Begriffs der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast. München 1835 §. 38. 40.

L. Brackenhöft Erörterungen über die Materien des allgemeinen Theils von Linde's Lehrbuch Leipzig 1842. §. 158 S. 430 folg. S. 438.

In beiden Werken sind die vorzüglicheren Ansichten über den Begriff Einrede, wie er seit dem Beginn dieses Jahrhundert's aufgefaßt wurde, zusammengestellt und beurtheilt. Die dort gegebenen Begriffsbestimmungen dürften aber ebenfalls nicht völlig befriedigen. Eine ganz befriedigende, mit der Lehre von der Beweislast in vollkommenem Einklang stehende Definition von Einrede scheint eine noch nicht gelöste Aufgabe.

Fern von der Anmaßung eine solche Definition auch nur versuchen zu wollen, begnügt sich der Verfasser dieser kleinen Abhandlung im Hinblik auf ihren Zweck kurz darauf hinzuweisen, daß die badische Proceßordnung, wie

Digitized by Google

sie sich überhaupt durchgehends den strengeren, geläuterten Ansichten der neueren Proceßlehre anzuschließen suchte, auch hier der strengeren Ansicht der neueren Wissenschaft huldigt, wornach nur neue, selbstständige Thatsachen, wodurch die Klage, (mag sie auch sonst begründet sein,) für immer oder nur für jetzt entkräftet werden soll, unter den Begriff Einreden fallen.

Diese Andeutung des Begriffs Einrede bedarf einer nähern Erklärung. Es fallen hiernach unter den Begriff:

1) solche selbständige Thatsachen, wodurch das schon begründete Recht des Klägers später wieder zerstört wurde.

Beispiele: die Einrede der Zahlung, des Verzichtes, der Rechtswandlung, der Wettschlagung durch eine erst nach Entstehung des Klaganspruches dem Beklagten erwachsene Forderung, überhaupt die meisten zerstörlichen Einreden.

Das Recht des Klägers braucht nicht gerade auf immer zerstört worden zu sein, und insofern gehören auch diejenigen verzögerlichen Einreden hieher, welche, auf dem Civilrecht beruhend, das Sachverhältniß selbst betreffen (merita causae concernentes). Ferner fallen unter den Begriff Einrede:

2) solche selbständige Thatsachen, wodurch das sonst begründet erscheinende Recht des Klägers ausnahmsweise schon im Entstehen gehindert wurde.

Beispiele: die zerstörliche Einrede des Betrugs, Irrthums, Zwangs, der Wettschlagung durch eine schon vor oder bei der Entstehung des Klaganspruchs dem Beklagten erwachsene Forderung.

Hiemit ist der Begriff der Einrede aber noch nicht erschöpft, sondern es fallen noch ferner darunter:

3) solche Thatsachen, wodurch das Recht des Klägers ganz abgesehen von seinem sonstigen Grund oder Ungrund, für jetzt in vorliegendem Fall in seiner Verfolgung gehemmt wird.

Beispiele: alle verzögerlichen Einreden, welche das Proceßverfahren betreffen, mögen sie von der Person des Richters, der Person der Parteien und ihrer Vertreter oder vom Verfahren im engeren Sinn abgeleitet werden.

Alle drei Arten von Einreden sind wesentlich verschieden, besonders aber die beiden erstern von der dritten Art. Bei der ersten Art erwuchs das Recht des Klägers wirklich zum Leben, starb aber wieder; bei der zweiten Art erwuchs das Recht auch zum Leben, aber nur zu einem Scheinleben, das den Keim der Vernichtung in sich trägt; bei der dritten Art dagegen wird das Leben des Rechtes selbst noch gar nicht angegriffen, sondern blos ein wesentlicher Mangel der Rechtsverfolgung entgegengehalten.

Man nennt die Einreden der letzteren Art auch Proceß-Einreden, Proceß-Einwendungen, und wegen ihrer Eigenthümlichkeit könnten sie vielleicht auf einen ganz besondern Namen Anspruch machen.

Diese Eigenthümlichkeit zeigt sich besonders hinsichtlich der Beweislast, indem der Beweis meist auf den Gegner fällt oder schon in den Acten liegt. Sie erscheinen mehr als eine Einsprache gegen das Verfahren, oder als eine Beschwerde. Indessen haben sie auch mit den eigentlichen Einreden unverkennbare Aehnlichkeit, besonders darin, daß die Vorschützung derselben nach Art der Einreden, und meistens auch die weitere Vernehmung des Klägers über ihren Grund ihrer Natur entspricht. Jedenfalls pflegt man diese Einwendungen, bei welchem eine strenge Sonderung von eigentlichen und uneigentlichen Einreden mit Rücksicht auf die Beweispflicht nicht nöthig erscheint, nach dem noch geltenden Sprachgebrauch, noch sehr allgemein ohne Unterschied Einreden zu nennen.

Vrgl. Brackenhöft a. a. O. Not. 45.

Man spricht von der Einrede des dunkeln Klagvortrags, der Unzuständigkeit des Gerichtes, des schon anhängigen Streites u. s. w.; ferner von Einreden gegen die Rechtmäßigkeit des Arrestes, gegen die Zulässigkeit eines unbedingten Befehls oder des Executivprocesses, auch von Beweiseinreden gegen die Zulässigkeit des Zeugenbeweises, die Beweisartikel u. s. f. Unsere Proceßordnung wenigstens hat sich unzweifelhaft diesem Sprachgebrauch angeschlossen, wie sich aus §. 296. 297. 689. 706. 726. ferner §. 432. 453. 460. 524. 556. 582 klar ergibt. Die Proceß-Einwendungen dürfen daher nach unserem Proceß aus dem Kreise der Einreden nicht verbannt werden.

Daß nun unsere Proceßordnung, obwohl sie für die Proceß-Einwendungen ohne Unterschied den Rang und Namen von Einreden beibehält, für die den Gehalt der Sache (merita causae) betreffenden Einreden den obigen strengeren Sinn angenommen hat, ergibt sich aus Folgendem:

In §. 326 werden die Repliken, als neue Thatumstände erklärt, wodurch die Einreden entkräftet werden

Digitized by Google

sollen. Hiedurch ist auch der Begriff der Einreden erklärt, da Einrede und Replik u. s. w. ihrem Wesen nach sich gleich stehen, Proceßordnung §. 293. Die Einrede wird im Wesentlichen wie eine Klage behandelt, die Replik mithin als Einrede u. s. w.

Ferner erhellt der fragliche Begriff aus §. 362 verglichen mit 363, indem dort die Einreden als selbstständige Behauptungen den bloßen Antworten auf die Klage entschieden entgegengesetzt werden.

Endlich ergibt sich jener Begriff für unsere Proceßordnung auch aus der Vergleichung derjenigen Proceßlehrsysteme, worauf die Proceßordnung anerkanntermaßen vorzüglich Rücksicht nahm. Vrgl. Linde's Lehrbuch §. 158.

Martin's Lehrbuch §. 95 (welchem beinahe wörtlich Proceßordnung §. 326 entspricht).

Mittermaier's Ansicht stimmt hiermit im Wesentlichen überein.

Bekk a. a. O. erklärt Einreden als selbstständige Thatsachen, durch welche die sonst auch begründete Klage wieder aufgehoben werden soll, eine Erklärung die wohl mit der oben gegebenen nach Sinn und Ergebniß übereintreffen dürfte, wiewohl sie ihrem Wortlaut nach die Proceß-Einwendungen nicht zu umfassen scheint.

Nach dem bisher Gesagten, was zur Begründung des Nachfolgenden vorausgeschickt werden mußte, ist die s. g. Einrede des abweichenden Sachverhaltes (Exceptio rei non sic sed aliter gestae) als eine bloße Berichtigung des thatsächlichen Klagvortrags durch abweichende Geschichtserzählung (sofern nicht etwa eine wirkliche Einrede darin verwebt wird) offenbar für keine wahre Einrede zu achten; sie enthält nur eine in die Form von Gegenbehauptungen eingehüllte, mehr oder minderweit gehende Abläugnung des thatsächlichen Klaggrundes. Ob der Beklagte widerspricht, daß sich die Klaggeschichte in dieser und jener Beziehung so und nicht anders begeben habe, oder ob er ausspricht, daß sich die Klaggeschichte in dieser und jener Beziehung auf die und die Weise anders, und nicht so begeben habe, Beides kommt rechtlich auf Eins heraus. Dieß wird von der neueren Wissenschaft wohl ziemlich allgemein anerkannt.

Vrgl. Borst die Beweislast im Civilproceß §. 77. Knappe's angef. Werk §. 41.

Beispiele dieser unrichtig so genannten Einrede sind folgende:

Kläger klagt auf Bezahlung eines Kaufschillings, Beklagter entgegnet, die Sache sei ihm nicht verkauft, sondern geliehen worden, oder sie sei ihm nicht verkauft, sondern geschenkt worden (entgegnet Beklagter, die Sache sei ihm verkauft, aber nachher geschenkt worden, so liegt eine wahre Einrede vor).

Kläger klagt auf Uebergabe der verkauften Sache, Beklagter entgegnet, die Sache sei nicht dem Kläger, sondern von einem Dritten an ihn verkauft worden.

Kläger klagt auf Erfüllung eines Miethvertrages, Beklagter entgegnet, es habe nur eine vorläufige Vertragsbesprechung und Unterhandlung, nicht aber ein verbindlicher Vertragsabschluß Statt gefunden,

Kläger klagt auf Rückgabe einer dem Beklagten geliehenen goldenen Repetieruhr, Beklagter ist zur Rückgabe der geliehenen Uhr bereit, behauptet aber nur eine messingene Uhr ohne Repetierwerk erhalten zu haben.

Kläger klagt auf Rückgabe ihm gehöriger, vom Beklagten widerrechtlich ohne sein Wissen und Wollen weggenommener Fahrnißstücke, Beklagter behauptet zufolge eines mit Kläger abgeschlossenen Faustpfandsvertrages in den Besitz der Fahrnißstücke gekommen zu sein.

Kläger klagt auf Erfüllung irgend eines Vertrags, Beklagter gibt den Vertrag zu, behauptet jedoch, er sei unter der und der aufschiebenden Bedingung, welche nicht eintrat, geschlossen worden, welche Behauptung nur als ein Abläugnen der vom Kläger behaupteten oder vorausgesetzten Unbedingtheit des Vertrages und der Entstehung der Verbindlichkeit erscheint*), (behauptet Beklagter Aufhebung des Vertrages in Folge des Eintritts einer auflösenden Bedingung, so schützt er eine wahre Einrede vor, weil hiebei das klägerische Recht als vollkommen zum Leben erwachsen anerkannt oder vorausgesetzt wird.)

Vergl. Borst's angef. Werk §. 78 folg.

Annalen 1834 Nr. 35 S. 208—210.

Thilo's Proceßordnung mit Erläuterungen S. 266 §. 401 Anmerk. 5.

Annalen 1843 Nr. 31 S. 230 Redactionsnote.

*) Daß auch Verneinungen zu erweisen sind, daß die Regel Negantis nulla probatio nicht in dem Sinne genommen werden darf, daß Verneinungen niemals zu beweisen seien, darf jetzt wohl als ausgemacht angesehen werden. Vergl. Borst im angef. Werk §. 18 folg. §. 28. Brauer Erläuterungen B. VI, S. 349. Anmerk. d. Einf.

Die obigen Beispiele und Andeutungen zur Erläuterung des Begriffs einer wahren Einrede im Gegensatz der blos klagabläugenden Gegenbehauptungen hätten als etwas sehr Bekanntes hier wegbleiben können, wenn nicht die Erfahrung vielfach zeigte, wie leicht sich noch immer Anwälte und Richter zur Vermengung solcher Gegenbehauptungen mit wahren Einreden verleiten lassen. Eine große Anzahl von Anwälten, die mir während einer längeren Richterpraxis vorgekommen sind, pflegt derartige Gegenbehaupnngen unter dem Namen und an der Stelle wahrer Einreden vorzutragen, und was die Gerichte betrifft, so liefern die Annalen am letztangeführten Orte hiezu einen auffallenden Beleg.

Der Gang der Untersuchung führt nun auf die Hauptfrage:

Wie hat der proceßleitende Richter zu verfahren, wenn der Beklagte mit der Einlassung nur allein die uneigentliche Einrede des abweichenden Sachverhaltes, eine oder mehrere solcher blos klagabläugnenden Gegenbehauptungen vorgebracht hat? Soll er das Verfahren sogleich schließen und das Beweiserkenntniß (die etwaige Beweisverfügung) erlassen, oder soll er solche Behauptungen als wahre Einreden behandeln und den Kläger jedesmal (und zwar, sofern die Streitverhandlung nicht mündlich in Einer Tagfahrt beendigt werden kann, mit Androhung des gewöhnlichen Rechtsnachtheiles gemäß Proceßordnung §. 330) noch darüber hören?

Die richtige Antwort scheint die zu sein:

Das erste Verfahren ist in solchen Fällen gemäß Proceßordnung §. 329. 362 in der Regel zu schließen (von Ausnahmen ist unten zu reden), denn jene Gegenbehauptungen enthalten nur Antworten auf den Klagvortrag, keine wahren Einreden.

Man könnte diese Ansicht mit Folgendem bestreiten:

Die Proceßordnung gibt nirgends eine ausdrückliche, durchgreifende Erklärung des Begriffs Einrede. Von Alters her wurde aber das Wort Einrede auch in einem weitern Sinne genommen, sprach man doch von einer Exceptio deficientis fundamenti actionis, non rite formati libelli, rei non sic sed aliter gestae u. s. w. Auch unsere Proceßordnung zeigt Spuren von Anschließung an die weitere Bedeutung des Wortes, indem sie in §. 296 von der Einrede des dunkeln oder unvollständigen Klagvortrags (exceptio obscuri libelli, generalis libelli) u. s. w. spricht. Selbst unter den neuesten Proceßlehrern finden sich noch Stimmen für die Beibehaltung des Ausdrucks verneinende Einreden bei Gegenbehauptungen der obenerwähnten Art.

Vergl. Brackenhöft Erläuterungen §. 159 am Ende S. 451.

Bei Practikern ist der ausgedehntere Gebrauch des Wortes Einreden ohnehin noch sehr beliebt nnd häufig. Es läßt sich daher die Benennung Einreden für solche Gegenbehauptungen gar wohl rechtfertigen, es läßt sich annehmen, daß die Proceßordnung in den §. 310. 323. 329. 362—364 das Wort Einreden in einem weitern Sinne als im §. 400 genommen hat. Zu dieser Annahme wird man aber im Interesse einer gründlichen Leitung der Proceßverhandlung, im Interesse vollständiger Feststellung des Streitstandes genöthigt, weil sonst die Verhandlung geschlossen würde, bevor das thatsächliche Streitverhältniß gehörig festgestellt ist, da noch eine weitere Erklärung des Klägers zur Erläuterung, Ergänzung oder Berichtigung seines Vortrages nothwendig oder doch sehr zweckmäßig erscheint.

Für die regelmäßige Zulassung des Klägers zu weiterem Vortrag (ad replicandum) in den fraglichen Fällen spricht sich auch aus

Puchta, das Proceßleitungsamt des deutschen Civilrichters Abschn. I. §. 14 Ziff 5. 6.

während dieser hochgeachtete Practiker sonst auf möglichste Abkürzung und Vereinfachung des ersten Verfahrens, auf strenge Prüfung der Parteivorträge, auf Ausschluß aller unnöthigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, auf Entfernung aller überflüssigen Wiederholungen und dergleichen Erklärungen (z. B. der auch noch bei unseren Anwälten noch so beliebten Erklärungen: „Ich wiederhole Priora," Ich nehme die gegnerischen Zugeständnisse sachdienlichst an) mit Nachdruck dringt. §. 13. Ziff. II. XI. §. 14. Ziff. 1. 2.

Gegen die bisher hervorgehobenen Einwürfe, welche sehr gewichtig scheinen, ist zu Gunsten der oben aufgestellten Ansicht aber Folgendes zu bemerken: Im §. 400 der Proceßordnung ist der Ausdruck Einrede augenscheinlich im engen (strengern) Sinne und im Einklang mit dem System der Beweispflicht gebraucht. Daß die Proceßordnung in den angeführten §§. 310. 323. u. s. w. das Wort Einrede im weitern Sinne genommen habe, ist

Digitized by Google

nicht anzunehmen, da dieſelbe ſonſt mit ſich ſelbſt in Widerſpruch käme.

Allerdings gibt es einige wenige Einreden, wobei die Beweislaſt auf den Kläger fällt, namentlich unter den Proceß-Einreden (im obigen Sinne) diejenigen, welche die active oder paſſive Legitimation zur Sache angreifen (Proceßordnung §. 88. 296. 297.), bei Weitem die meiſten Einreden haben jedoch die Beweispflicht im Gefolge, und vorzüglich wegen der Beweislaſt iſt die genaue Unterſcheidung der wahren von den vermeintlichen Einreden praktiſch wichtig.

Vergl. Knappe a. a. O. §. 39.

Es iſt nicht zu überſehen, daß die Proceß-Einreden oder Proceßeinwendungen, wie oben angedeutet wurde, eine von den übrigen, beſonders von den zerſtörlichen Einreden ſtark abweichende Natur haben, es handelt ſich dabei um einen weſentlichen Mangel an der Perſon des Richters, der Parteien, bezugsweiſe ihrer Vertreter oder an der Verfahrungsart, es handelt ſich in der Regel um einen weſentlichen Punkt, den der Richter bisher überſehen oder nicht beachtet hat, ſei es nun weil er ihn nicht für weſentlich hielt oder ihn von Amtswegen gar nicht beachten dürfte, wie z. B. mangelnde Sicherheit für die Proceßkoſten, frühere Anhängigkeit des nämlichen Streites (Litispendenz) oder weil er ihn nicht beachten wollte z. B. ſeine eigene Unfähigkeit. Von ganz anderer Art iſt die ſ. g. Einrede des abweichenden Sachverhaltes, ſie betrifft, wie ſchon ihr Name ankündigt, den Gehalt der Sache ſelbſt, nicht das Proceßverfahren, ſie iſt keine Proceßeinwendung, weit entfernt davon, gleich den Proceßeinreden proceßhindernde Wirkung anzuſprechen, iſt dieſelbe nur ein erläuternder Anhang zur Einlaſſung. Alle Einwendungen, welche den Gehalt der Sache (meritа causae) betreffen, müſſen, wenn anders keine Inconſequenz und Verwirrung in dem Syſtem der Einreden ſich zeigen ſoll, nothwendig im Einklang mit dee Lehre von der Beweislaſt, mit §. 400 der Proceßordnung aufgefaßt werden. Zum Weſen der den Sachgehalt betreffenden Einreden gehört nach §. 400 der Proceßordnung, daß ſie im Fall des Widerſpruches vom Beklagten zu erweiſen ſind, wenn nicht eine Rechtsvermuthung oder Offenkundigkeit für die zu Grunde liegenden Thatſachen ſpricht. Behauptungen, welche nur ein Abläugnen eines Theils des Klagvortrags enthalten, gelten hienach und nach §. 401 nicht als Einreden. — Gibt es auch noch Proceßlehrer, welche ſich für Beibehaltung der Benennung verneinender Einreden entſcheiden, ſo iſt doch ihre Anſicht nicht zu empfehlen, da ſie zu Begriffsverwirrungen führt. Wie wenig die neueren Rechtslehrer, welche verneinende Einreden gelten laſſen, ſich über den Begriff ſolcher Einreden vereinigen konnten, iſt zu erſehen aus

Reinhard Handbuch des gemeinen deutſchen ordentlichen Proceſſes Thl. I. §. 125.

Bei Allem liegt, wie ſich bei näherer Prüfung des von ihnen aufgeſtellten Begriffs verneinender Einreden zeigt, eine Verwechslung der theilweiſe verneinenden Einlaſſung mit einer Einrede zu Grunde.

Vergl. Martins Lehrbuch §. 95. Not. 6.

Vorſt's angef. Werk §. 21—28. §. 76—80.

Knappe's angef. Werk §. 38. §. 40. folg.

Bayers Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß S. 259 (der zweiten Auflage.)

Die bewährteſten Proceßlehrer und gerade diejenigen, auf welche unſere Proceßordnung vorzüglich Rückſicht genommen hat, nämlich Martin, Linde, Mittermaier, erklären ſich gegen das Beſtehen ſolcher verneinenden Einreden.

Es iſt daher in dieſer Hinſicht kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß die Proceßordnung zweierlei Begriffe von Einreden im Auge hatte, einen anderen im §. 400, einen anderen im §. 310. 323 u. ſ. w.

Zu dieſer Annahme wird man auch keineswegs im Intereſſe gründlicher Proceßleitung zur Feſtſtellung des Streitgegenſtandes genöthigt. In vielen Fällen, wo der Beklagte Gegenbehauptungen der fraglichen Art mit der verneinenden Einlaſſung verbunden hat, wird eine weitere Vernehmung des Klägers nach Sachlage unnöthig ſein, weil das Gegentheil der fraglichen Behauptungen deutlich im Klagvortrag liegt. Iſt aber wirklich eine weitere Vernehmung des Klägers nach Sachlage nöthig, ſo kann dieſes nur in Folge einer Unbeſtimmtheit und Unvollſtändigkeit des Klagvortrags (ſei es auch einer ſolchen, die erſt durch die Vernehmlaſſung in's Licht geſtellt wird) dee Fall ſein, und es hat der Richter das richterliche Fragerecht gemäß Tit. XVI. der Proceßordnung in Ausübung zu bringen. Die Vernehmung des Klägers hat alsdann nach den Beſtimmungen dieſes Titels §. 338. 342. 343 zu geſchehen.

Digitized by Google

Dieser Weg erscheint angemessener, als die Vernehmung des Klägers unter Androhung des Rechtsnachtheils, daß sonst die Einrede für zugestanden, jede Replik für versäumt erklärt werde, weil keine wahre Einrede vorliegt, wie im angeführten Werke Puchta's, der im Abschnitt II. über gehörige Benützung des richterlichen Fragerechts beachtungswerthe Winke gibt, in §. 14 selbst anerkannt ist, und weil deßhalb die Antwort des Klägers keine wahren Repliken, sondern nur die Wiederholung, Erläuterung, Ergänzung oder Berichtigung des früheren Vortrages zum Gegenstand haben kann. Selbst vom Standpunkt Puchta's aus wäre es wohl consequenter gewesen, er hätte anstatt unseren Fall als Ausnahme seiner Regel darzustellen, auf das von ihm als vorzügliches Mittel für die richtige Proceßleitung mit Recht empfohlene Fragerecht und Aufhellungsrecht des Richters verwiesen. Gestattet man dem Kläger in dem fraglichen Fall immer, ohne Rücksicht auf Bestimmtheit und Vollständigkeit der Klage noch einen weiteren Vortrag, so wird man ihm öfters hiedurch nur Anlaß und Gelegenheit zu einer unzulässigen Klagänderung geben, und es mag hiedurch leicht Verwirrung des Verfahrens entstehen. Jedenfalls ist vom Standpunkt unserer Proceßordnung aus zu erwägen, daß der badische Proceß sich durch ein fest und durchgreifend geregeltes System der Rechtsnachtheile und durch eigenthümliche, vom bisherigen deutschen Proceßverfahren abweichende Bestimmungen über die Zulassung der Rechtsausführungen auszeichnet. Nach Proceßordnung §. 333 folg. 362. 674 Not. 6 darf der Richter nur bei'm schriftlichen und zugleich ordentlichen Verfahren ohne Antrag einer Partei eine besondere Tagfahrt oder Frist zur Rechtsausführung aussetzen, bei'm abgekürzten Verfahren, sei es mündlich oder (nach Uebereinkunft) schriftlich, darf er niemals eine solche Tagfahrt anordnen, endlich werden die mündlichen Rechtsausführungen niemals zu Protokoll niedergeschrieben. Nach dem gewöhnlichen Gang des badischen Verfahrens (bei'm schriftlichen Verfahren ist durch §. 362 eine Ausnahme gemacht) darf daher der Richter nicht, wie Puchta im angef. §. 14 unter Ziff. 7 von seinem Standpunkt aus dem Richter anempfiehlt, den Vernehmlassungsvortrag in den hiezu geeignet scheinenden Fällen (z. B. wenn der Beklagte die Folgerichtigkeit zwischen dem Klagvorbringen und Klagbegehren bestreitet, oder die Anwendbarkeit eines Gesetzes streitig ist) dem Kläger ohne Antrag der Parte zur Gegenvernehmlassung oder gar ad replicandum mittheilen, sondern er muß, wenn nicht ein sonstiges Hinderniß im Wege steht, das Verfahren schließen. Jede weitere Vernehmung des Klägers über die fraglichen, blos klagablängnenden Gegenbehauptungen, sofern nicht noch eine Unbestimmtheit oder Dunkelheit des Klagvortrags zu beseitigen, oder der Fall, wo besondere Rechtsausführung stattfindet, vorhanden ist, widerstrebt dem Geist unserer Proceßordnung, welche nach Weilers Zeugniß dem unbedingten und ungeregelten Fortlaufen jeder Verhandlung durch vier Schriftsätze Schranken setzen wollte, und deßhalb den Vortrag der eigentlichen Rechtsausführung sehr beschränkte, weil „darin bis jetzt die große Calamität des schriftlichen Verfahrens gelegen, und da der Tummelplatz war, auf welchem gewinnsüchtige Sachführer die Parteien um ihr Geld brachten."

Weilers Motive zum Entwurf §. 323 folg. S. 27 und §. 333 folg. S. 29.

So scheint sich dann die oben gegebene Beantwortung der hier erörterten Frage in jeder Hinsicht zu rechtfertigen. Daß das Gesagte auch auf die Replik, Duplik u. s. w. des abweichenden Sachverhaltes seine Anwendung findet, versteht sich von selbst. Hiemit kann diese Untersuchung geschlossen werden.

Das Ergebniß derselben, welches der Uebersicht wegen hier kurz zusammengestellt wird, besteht in folgenden Sätzen:

1) Die badische Proceßordnung nimmt den Begriff Einrede in Bezug auf alle den Gehalt der Sache selbst betreffenden Einreden im strengen, mit der Lehre von der Beweislast in Einklang gebrachten Sinne; für die s. g. Proceß-Einwendungen behält sie jedoch ohne strenge Unterscheidung wahrer (selbstständiger) und uneigentlicher Einreden allgemein den Namen Einreden bei.

2) Die s. g. Einrede des abweichenden Sachverhaltes (Exceptio rei non sic sed aliter gestae), welche keine Proceß-Einwendung ist, sondern den Gehalt der Sache betrifft, erscheint hienach nicht als eine Einrede im Sinn der Proceßordnung, ist daher auch bei der Proceßleitung nicht als Einrede zu behandeln.

3) Eine weitere Vernehmung des Klägers hierüber findet hienach, außer dem Fall, wo proceßordnungsgemäß gesonderte Rechtsausführung eintritt, nur zur Aufklärung

einer sich zeigenden Unbestimmtheit oder Unvollständigkeit des Klagvortrages vermittelst Anwendung des richterlichen Fragerechtes statt.

Eduard Brauer.

II.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Verschiedene Entscheidungen von zwei ganz gleichen Rechtsstreiten.

Die Freiherrlich Ferdinand von Göler'sche Grundherrschaft zu Sulzfeld erhob im Juni 1841 gegen Michael und Heinrich Krämer von Mühlbach zwei gesonderte Klagen, und stützte jede auf die Thatsache:

daß ihr sowohl vermöge Verträgen als Herkommen das Zehntrecht auf der ganzen Gemarkung Sulzfelds zustehe, der Beklagte besitze auf dieser Gemarkung ein Grundstück, weigere sich aber von demselben den Zehnten zu entrichten.

In beiden Klagen wurde das Begehren gestellt:

den Beklagten für schuldig zu erklären, daß er für die Zukunft den Zehnten von seinem Grundstücke entrichte.

Jeder der Beklagten schützte sogar in den nämlichen Worten die Einrede der Zehntfreiheit vor, darauf beruhend:

daß seit unfürdenklicher Zeit von fraglicher Liegenschaft kein Zehnte entrichtet, und nie ein desfallsiger Zehntanspruch gemacht worden sei.

Die Einrede wurde widersprochen, und nach erlassenem Beweiserkenntnisse der Beweis von jedem der Beklagten durch die nämlichen Beweismittel angetreten; die Erhebung derselben lieferte auch den Worten nach das gleiche Ergebniß.

Das Großherzogliche Bezirksamt Eppingen erkannte hierauf nach dem Klagbegehren.

Jeder der Beklagten führte die Berufung gegen das Urtheil aus.

Der Rechtsstreit des Beklagten Michael Krämer wurde beim Höchpreißlichen Hofgerichte des Mittelrheinkreises am 30. Januar d. J. verhandelt, und das Erkenntniß des Untergerichtes durch Urtheil von diesem Tage Nr. 1232. I. Sen. lediglich bestätigt.

In dem Rechtsstreite gegen Heinrich Krämer erkannte dieser hohe Gerichtshof am 6. Juni 1843. Nr. 6601. I. Sen. daß das amtliche Urtheil dahin abzuändern sei:

es seien die Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen ꝛc.

Die Entscheidungsgründe zu beiden Erkenntnissen sind von einem und demselben Mitgliede des Gerichtshofes entworfen, und heißen

I. in dem Processe gegen Michael Krämer:

die beklagterseits vorgeschützte Einrede der Zehntfreiheit besteht nicht zu Recht; denn die Vorschrift im L. R. S. 710 c. n. c., wornach das Zehntrecht durch verjährte Nichtübung gleich jeder Gutsdienstbarkeit verloren geht, und wornach Versitzung und Ersitzung des Zehnten nur auf das einzelne bestimmte Grundstück und auf die bestimmte Fruchtgattung, bei welcher während der Verjährungszeit gleichförmig die Nichtübung stattfand, angewandt werden kann, muß in Verbindung gebracht werden mit L. R. S. 710 a d., welcher kathegorisch verfügt:

„Ein einzelnes Grundstück in einer zehntbaren Lage ist nur zehntfrei, wenn, und so lange es einen gültigen, oder durch Ersitzung rechtskräftig gewordenen Freiheitstitel für sich hat" —

hiemit also unzweideutig ausspricht, daß zur Erwerbung der Zehntfreiheit für ein einzelnes Grundstück in einer zehntpflichtigen Gemarkung jedenfalls ein Rechtstitel nothwendig ist, und hiezu die Verjährung nicht genügt, wie auch Brauer in seinen bezüglichen, hier besonders zu berücksichtigenden Erläuterungen außer Zweifel setzt.

Da nun Beklagter einen so beschaffenen Freiheitstitel nicht behauptete, so ist es unerheblich, ob und wie lange schon kein Zehnte entrichtet, beziehungsweise keine Zehntansprache gemacht wurde.

II. In dem Rechtsstreite gegen Heinrich Krämer:

„Das Zehntrecht geht durch verjährte Nichtübung gleich jeder Gutsdienstbarkeit verloren, und wird auch durch solche in Absicht auf Gattungen oder Bezirke beschränkt, auf welche, und in welchen es zu üben, Gelegenheit war."

„Nichtübung ist vorhanden, so oft der Zehntherr ruhig geschehen läßt, daß der Zehntmann die Früchte unverzehntet heimführt."

„Versitzung und Ersitzung des Zehnten kann nur auf das einzelne bestimmte Grundstück und auf die bestimmte Fruchtgattung angewandt werden, bei wel-

Digitized by Google

cher während der Verjährungszeit gleichförmig die Nichtübung stattfand."

(L. R. S. 710 e c, e d, e e, 706, 2219. 2219 a u. b.)

Hievon abweichend lauten allerdings die L. R. S. 710 a b und a d dahin:

„Eine Gemarkung, ingleichen jeder eigens ausgegränzte Feldbezirk ist alsdann zehntfrei, wenn darin seit dreißig oder mehr Jahren Niemand auf das angebaute Land eine Zehntansprache geltend gemacht hat, noch mehr diejenigen, welche ein von der Rechtsbehörde ausgeflossener, oder durch Ersitzung bestärkter Freisprechungsbrief schützt.

„Ein einzelnes Grundstück in einer zehntbaren Lage ist nur zehntfrei, wenn, und so lang es einen gültigen oder durch Ersitzung rechtskräftig gewordenen Freiheitstitel für sich hat."

Allein der desfallsige Widerspruch ist nur ein scheinbarer, und ist es Aufgabe der Auslegung, solchen zu beseitigen und die Gesetzesbestimmungen thunlichst in Einklang zu bringen, weil man überhaupt nicht unterstellen darf, daß der Gesetzgeber an dem einen Orte gerade das Gegentheil von dem verfügen wollte und verfügte, was er an einem andern Orte festsetzte, — eine Antinomie, wozu man gelangen müßte, wenn angenommen würde, daß nach L. R. S. 710 a d zur Erwerbung der Zehntfreiheit für ein einzelnes Grundstück in zehntbarer Lage, fortan in allen Fällen ein Rechtstitel nothwendig sei, wogegen die L. R. S. 710 e c — e e ausdrücklich an die bloße Nichtübung des Zehntrechts auf einem einzelnen Grundstücke während der Verjährungszeit die Verjährung des Zehnten, folgeweise die Zehntfreiheit knüpfen.

Zur Hebung dieses anscheinenden Widerspruchs dient nachstehende Betrachtung:

Bei Einreichung der Bestimmungen über das Zehntwesen in das neue Landrecht hatte der Gesetzgeber unverkennbar die doppelte Absicht: Zuvörderst die vielbestrittenen Zehntrechtsverhältnisse der Vergangenheit zu ordnen und festzustellen, — auszusprechen, was deßfalls bei Einführung des Gesetzbuchs Rechtens sei, auszusprechen insbesondere, unter welchen Voraussetzungen damals eine Gemarkung, ein eigens ausgegränzter Feldbezirk, und ein einzelnes Grundstück zehntpflichtig und zehntfrei seien — auch welchen Einfluß hiebei die Acquisitivverjährung auf die Zehntfreiheit habe; sodann aber auch Verfügungen für die Zukunft zu treffen, und hiebei der Extinctiv-Verjährung des Zehntrechts zu gedenken.

Geht man von diesem Gesichtspunkte aus, so spricht schon die grammatikalische Auslegung insbesondere mit Rücksicht auf das Wörtchen „ist" L. R. S. 710 a b und a d resp. auf die Worte: „geht verloren" im L. R. S. 710. ee sowie auch die logische Interpretation dafür, daß im L. R. S. 710 a d der bei Emanirung des Gesetzbuches vorhandene Zustand regulirt werden wollte und regulirt wurde, — daß also damals ein einzelnes Grundstück in zehntbarer Lage nur beim Dasein eines Freiheitstitels für zehntbar gelten solle, während die Vorschriften in L. R. S. 710 e c. u. e f. auf die Zukunft sich beziehen, und für die Folgezeit das Prinzip sanktioniren, daß durch verjährte Nichtübung das Zehntrecht auf einem einzelnen bestimmten Grundstück erlösche — sofort die Zehntfreiheit eintrete, — was um so mehr angenommen werden muß, als der Gesetzgeber im ersten Kapitel (Band II. Tit. V.) nur allgemeine einleitende Normen an die Hand bietet, die besondern bezüglichen Rechtsmaterien aber in mehreren Abschnitten einzeln behandelt, und namentlich der Erlöschung des Zehntrechts eigens einen Abschnitt (4.) widmet. Ueberdies ist nicht einleuchtend, warum der Gesetzgeber dem Zehntrechte für die Zukunft einen so exorbitanten Vorzug vor andern Rechten einräumen sollte, daß solches von der Erlöschung durch Verjährung eximirt bleibe, zumal da nach L. R. S. 2262 alle auf Personen oder Sachen haftenden Klagen in dreißig Jahren verjährt werden, und derjenige, welcher sich auf diese Verjährung bezieht, nicht nöthig hat, seine Rechtsurkunde anzugeben, noch demselben die Einrede eines unredlichen Besitzes entgegengesetzt werden kann.

Erwiesenermaßen unterblieb nun aber, wie aus der eidlichen Zeugen-Abhör genügend ersichtlich — seit mindestens dreißig Jahren die Verzehntung auf dem fraglichen Grundstücke und ist somit das Zehntrecht der Kläger als durch verjährte Nichtübung erloschen zu betrachten.

Heinrich und Michael Krämer sind Brüder, die bei einander wohnen, und ihr Gespräch dreht sich sehr oft um die Frage: wer jetzt von ihnen Recht habe?

Reich.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt das 3te und 4te Quartal des eilften Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1844 auf's Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 1. Karlsruhe den 14. Januar 1843.

Handlungen der freien Willkühr unterliegen bei eintretendem Widerspruch gleichwohl der Verjährung und der Besitzklage des Gegentheils. Art. 2232. 644.

Brunet, Eigenthümer diesseits der Bach, hatte in derselben ein bis auf das jenseitige Ufer des Agnel sich erstreckendes Mauerwerk errichtet, um das Wasser besser zu benützen, und es auf sein Eigenthum zu leiten. Nachdem dieses Werk über Jahr und Tag bestanden hatte, begann Agnel seinerseits ein Werk, um das Wasser wieder herüberzuleiten, indem er behauptete, die Benützung des fließenden Wassers durch die Angrenzer sei zufolge Art. 644 Sache der freien Willkühr, die weder durch Nichtgebrauch, noch durch Werke eines Mitangrenzers verloren gehe, da anzunehmen sei, der Mitangrenzer habe sich dadurch nur seinen persönlichen Gebrauch erleichtern, nicht aber den andern von seinem Gebrauchsrecht ausschließen wollen.

Allein Brunet wurde in seinem Besitz geschützt und die Cassation verworfen: Rechte der freien Willkühr, obwohl an sich unverjährbar, könnten gleichwohl, wenn ein Widerspruch eintrete, durch Verjährung verloren gehen, und habe ein solcher Verjährungsbesitz begonnen, so finde auch eine Besitzklage statt. Da aber der Bau des Klägers die Natur eines wahren bleibenden Wasserfang's habe, der noch auf das jenseitige Ufer hinüberreiche, so enthalte dessen Errichtung einen Widerspruch gegen den Wassergebrauch des jenseitigen Angrenzers, unter dessen Angesicht sie vorgenommen worden sey und das Gebrauchsrecht desselben habe dadurch aufgehört, ein Recht freier Willkühr zu sein. Troplong prescr. Nr. 113. *Sirey* 1842. I. p. 307.

Nach der Vermögensabsonderung hat die Frau die freie Verwaltung — selbst ihrer Ehesteuer. Art. 1449. 1563.

Auf die Vermögensabsonderungsklage der Frau wurde der Mann für schuldig erklärt, der Frau als Ehesteuer 60,000 Fr. herauszuzahlen.

Nachdem dieses Urtheil rechtskräftig war, verlangte die Frau zum Vollzug die Einweisung in mehrere Forderungen des Mannes, wogegen dieser ihre Legitimation wegen Mangels seiner ehemännlichen oder der gerichtlichen Ermächtigung bestritt, und seinerseits verlangte, daß die Frau für schuldig erkannt werde, die Ausstände zur Sicherstellung der Ehesteuer in Liegenschaften oder auf Unterpfand anzulegen, weil der Ertrag der Ehesteuer immerhin zur Bestreitung der Ehelasten bestimmt bleibe. Allein dieser Einwand und Antrag wurde verworfen, indem der Cassationshof bemerkte: das zu Gunsten der Frau ergangene Urtheil ermächtige sie von selbst auch zum Vollzug um so mehr, als der Satz 1444 ihr dazu eine 14tägige Frist bei Vermeidung der Nichtigkeit der Absonderung vorschreibe.

Im Uebrigen sei die Frau nach der Absonderung zur eigenen Verwaltung ihres Vermögens und namentlich auch der Ehesteuer so gut berechtigt (1449. 1563), als es vorher der Mann gewesen, und einer Vorkehr gegen die Möglichkeit der Verschwendung sei sie gesetzlich so wenig wie er unterworfen, vielmehr reiche der Grundsatz der Unveräußerlichkeit hin, die Ehesteuer zu sichern, so oft der Fall einer Veräußerung, Verpfändung oder sonstigen Verschleuderung von Seite der Frau vorkomme, da die Fahrnißehesteuer ebenso unveräußerlich sei, wie die liegenschaftliche, die gedachten Handlungen also der Anfechtung unterliegen. *Sirey* 1842. I. p. 315.

Digitized by Google

Anfechtung der bedungenen Nichtverzinsung des Kaufpreises für eine fruchttragende Liegenschaft durch die Pfandgläubiger. Art. 2176. 2186.

Toutain erkaufte von Lecomte mehrere Liegenschaften mit dem Beding, daß er, so lange die auf denselben haftenden Pfandeinträge noch nicht gestrichen oder sonstige Hindernisse vorhanden seien, nicht schuldig sein soll, den Kaufpreis zu zahlen oder zu verzinsen, obgleich er die Früchte beziehe. Als der Verkäufer den Strich nicht bewirkte, schlug Toutain, den die Gläubiger auf Zahlung mahnten, den gesetzlichen Weg zur Befreiung der Liegenschaften von den Pfandlasten ein (2181 fgd.), theilte den Gläubigern den Kaufvertrag mit, und da keine Ueberbietung stattfand, so blieb es bei diesem Vertrag, und es kam zur Vertheilung des Kaufpreises unter die Gläubiger (2186). Nun aber forderten die Gläubiger Zinsen vom Kaufpreis vom Tage der Notifikation des Vertrags an, und so wurde auch in zweiter Instanz erkannt, weil die Bedingung der Nichtverzinsung des Kaufpreises von Liegenschaften, deren ganzer Werth schon verpfändet gewesen sei, und welche Früchte trugen, offenbar zum Nachtheil der Gläubiger stipulirt sei, auch Toutain durch die Mahnung der Gläubiger in Verzug gesetzt worden, dadurch aber in ein neues Schuldverhältniß zu den Gläubigern gekommen sei, so daß die Bedingung des ursprünglichen Kaufvertrags nicht mehr wirke, vielmehr der Satz 2176 entscheide. Allein das Urtheil wurde kassirt: Käufer und Verkäufer einer verpfändeten Liegenschaft könnten Bedingungen verabreden, welche sie wollten, und der Satz 2176 hindere sie nicht, da er nur für den Fall bestimme, wenn nichts anderes verabredet worden sei. Finden sich die Gläubiger beeinträchtigt, so könnten sie entweder den Vertrag als nichtig anfechten, oder aber vom Ueberbietungsrecht Gebrauch machen. Dazu habe der Käufer sie in den Stand gesetzt, indem er ihnen den Vertrag, worin die Clausel der Nichtverzinsung enthalten gewesen, habe zustellen lassen, und für diesen Fall bestimme der Satz 2183 und 2186 sogar ausdrücklich, daß es bei dem im Vertrag bestimmten Preise (wozu die Nichtverzinsung gehöre) sein Bewenden behalte. Sirey 1842. I. p. 334.

An wen ist die Cession eines Darlehens, das bei einem Dritten als Kaution hinterlegt ist, zu verkünden? Art. 1690.

Dubarret lieh einem öffentlichen Verrechner zu seiner Kautionsstellung 70,000 Fr. und cedirte später diese Darlehensforderung an Beauvais, der diese Cession jedoch nicht dem schuldenden Verrechner, sondern der öffentlichen Kasse, welche die Kaution aufbewahrte, verkünden ließ. Als durch den Dienstaustritt des Verrechners die Kaution heimfällig wurde, wollte sie ein Gläubiger des Cedenten Dubarret deßhalb in Anspruch nehmen, weil die Cession wegen der unterbliebenen Verkündung an den Schuldner, gegen Dritte nicht wirksam geworden, daher der Cedent Dubarret noch immer als Eigenthümer der Forderung zu betrachten sei. Allein der Anspruch wurde verworfen, indem der Cassationshof mit den Gerichten erklärte, daß die Verkündung in solchem Fall an den dritten Inhaber der Schuldsumme zu geschehen habe, um die Cession gegenüber von Dritten sicher zu stellen. — Hiernach wird der Inhaber der Gelder, womit die Schuld getilgt werden soll, als der wahre Schuldner im Sinne des Satzes 1690 angesehen, an den man sich zuletzt zu wenden hat, um die Zahlung der cedirten Forderung zu erlangen. Sirey 1842. I. p. 335.

Ein über 30 Jahr alter Erwerbtitel einer Dienstbarkeit beweist für sich allein nicht. Art. 2234. 706.

Ein Herr v. Boissac hatte schon im Jahr 1730 durch Vertrag das Recht erworben, über das Gut des Mollard einen Weg mit einer Allee zu haben. Der Weg ging jedoch bald wieder ein, und erst im Jahr 1803 (also 70 Jahre nach dem Vertrag) traten die Erben des H. Boissac gegen die Nachfolger des Mollard mit einer konfessorischen Klage auf, indem sie sich lediglich auf den Vertrag von 1730 und auf den Satz 1315 stützten, wonach sie nur ihren Erwerb, die Beklagten aber ihre Befreiung von der Dienstbarkeit (durch 30jährigen Nichtgebrauch oder wie sonst) nachzuweisen hätten. Die Klage wurde abgewiesen, und die Sache kam an den Cassationshof, wo selbst der Generalstaatsanwalt sich für die Ansicht der Kläger erklärte und diese Streitfrage der nochmaligen Prüfung dieses Gerichtshofes empfahl. Allein die Cassation wurde auch dießmal verworfen. Wer als Kläger auftrete, müsse seinen Anspruch beweisen. Der Erwerbtitel einer Dienstbarkeit beweise

Digitized by Google

nun zwar, daß man das Recht dazu erworben, nicht aber, daß man es auch ausgeübt, sich in dessen Besitz erhalten habe: denn daß der Erwerbtitel nicht zugleich den Besitz involvire, ergebe sich aus Satz 2234, wonach für die Zwischenzeit vom Erwerb an nur dann der Besitz als mitbestanden angenommen werde, wenn man noch gegenwärtig im Besitz sei, was nicht möglich wäre, wenn das Fortbestehen des Erwerbtitels zugleich das Fortbestehen des Besitzes enthalten würde. Der über 30 Jahr alte Erwerbtitel stehe also nicht im Wege, daß der gegenwärtige Besitzer (der Beklagte) sein Eigenthum frei besitzen, daß die Dienstbarkeit gemäß Satz 706 durch 30jährigen Nichtgebrauch erloschen sein könne. Dadurch aber, daß der Erwerbtitel dem Besitzer nicht entgegenstehe, gewinne dessen Besitz alle jene Kraft, die überhaupt im Besitz liege, d. h. es streite für ihn die Vermuthung, daß er auf einem Recht beruhe. Denn ein vielleicht über 200 Jahr altes Papier, auf welches Veränderungen jeder Art gefolgt sein könnten, dürfe doch nicht gleiche Kraft haben mit dem lebendigen Besitze, der trotz jenes Titels gleichwohl ein Recht zur Grundlage haben könne. Die Vermuthung aber, die für den Besitzer streite, streite von selbst gegen den Kläger, der also auf einen über 30 Jahr alten Titel nur dann klagen könne, wenn er behaupte und beweise, daß er innerhalb der letzten 30 Jahre den Besitz wenigstens einmal auf den Grund des Titels geübt, und dadurch die dem Recht des Besitzers zur Seite stehende Vermuthung zerstört habe*). — So auch Merlin quest. v. Usage §. 9 Nr. 3. Pardessus servit. Nr. 308. — *Sirey* 1842. I. p. 344.

Der Verkauf einer Liegenschaft, worauf fremde Bauten ruhen, (Art 555.)

überträgt auf den Käufer nicht zugleich das Eigenthum der von einem Dritten errichteten Bauten, wenn der Verkäufer nicht schon zuvor von dem Wahlrecht des S. 555 Gebrauch gemacht hatte, sondern der Käufer erwirbt nur eben dieses Wahlrecht. *Sirey* 1842. I. p. 350.

Ein öffentlicher Weg ist keine gewöhnliche Weggerechtigkeit. Art. 688. 691.

Die Einwohner einer Gemeinde hatten einen über mehrere Liegenschaften der Nachbargemeinde führenden Weg schon über 30 Jahre zu Fuß und mit Wagen begangen, um in die Stadt zu kommen. Als es zwischen Beiden zum Streit kam, berief sich die belastete Gemeinde auf obige Artikel, wonach eine Weggerechtigkeit eine unständige Dienstbarkeit sei, die nur durch Vergünstigung erworben werden könne. Allein es wurde entschieden (auch vom Cassationshof): ein zu einem allgemeineren Gebrauch bestehender öffentlicher Weg sei nicht mit einer nur zum Vortheil eines Grundstücks dienenden gewöhnlichen Weggerechtigkeit zu vergleichen, unterliege daher nicht dem Satz 691, sondern der allgemeinen Verjährung von 30 Jahren. So auch Proudhon dom. public. Nr. 631. Dagegen Vazeille prescript. Nr. 95. *Sirey* 1842 I. p. 363.

Zeugenbeweis zur Auslegung eines Testaments. Art. 893. 1100 c. c.

Quesnel machte am Tage vor seinem Duell ein eigenhändiges Testament, worin er sein ganzes jetziges und künftiges Vermögen „im Fall des Todes" (en cas de mort) seinem Bruder „schenkte". Der Zweikampf unterblieb und Quesnel starb erst nach 9 Jahren. Als nun der Bruder das Testament für sich geltend machen wollte, wendeten die beiden Schwestern ein, dasselbe sei nur bedingt errichtet worden, nämlich für den Fall, daß der Testator im Duell umkomme, und da dieser Fall nicht eingetreten, so sei es wirkungslos. Sie erboten sich mit Zeugen zu beweisen, daß es sich so verhalte. In erster Instanz wurde der Zeugenbeweis zugelassen, weil die Worte „im Fall des Todes" ungewöhnlich seien, da sonst gesagt werde, nach meinem Tod, und zur Auslegung einer dunkeln Bestimmung seien Beweismittel jeder Art zulässig. Allein in zweiter Instanz wurde der Zeugenbeweis verworfen, weil der Testator ohne auf ein bevorstehendes Duell anzuspielen, oder sonst eine Voraussetzung anzudeuten, geradezu über sein gegenwärtiges und künftiges Vermögen verfüge, und die Worte „im Fall des Todes" in Verbindung mit dem Anfangswort: Ich schenke weiter nichts sagten, als daß nicht unter Lebenden, sondern auf den Todesfall geschenkt werden sollte, weil daher der Zeugenbeweis nur dazu dienen würde, eine Bedingung in das Testament zu legen, die nicht darin enthalten sei, entgegen der Satz 893 und 1001, wonach solche Bestimmungen nur durch

*) Eben so entschied das bad. Oberhofgericht am 23. September 1841 in S. Wölfbach gegen Fiskus. — S. Jahrbücher VI. S. 535 und 536. D. Red.

Digitized by Google

die gesetzliche Beurkundung bewiesen werden könnten. Die Cassation wurde verworfen. *Sirey* 1842. I. p. 446.

Verzicht auf die Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichttheils. Art. 784.

Beaujan schenkte seiner ersten Tochter als Ehestener 300,000 Fr., der zweiten nur eine kleine Rente und starb in sehr verwickelten Vermögensverhältnissen. Die zweite Tochter erklärte, sie verzichte auf die Erbschaft ihres Vaters, indem sie sich an den Pflichttheil halte, den sie an der ihrer ältern Schwester geschenkten Ehestener zu fordern habe. Als sie diesen Pflichttheil forderte, wendete die Schwester ein, den Pflichttheil könne nur fordern, wer Erbe sei, die Klägerin aber sei es nicht, weil sie verzichtet habe, ohne daß es auf die Absicht dieses Verzichtes (die auf einem nicht entschuldigenden Rechtsirrthum beruhe) ankomme. Allein diese Einwendung wurde verworfen: Ein reiner Verzicht liege nämlich nicht vor, sondern die Klägerin habe nur verzichtet, um sich an ihren Pflichttheil zu halten. Gerade aber, weil man den Pflichttheil nur fordern könne, wenn man Erbe sei (921, 1004, 1011), sei anzunehmen, daß die Klägerin auf diese Eigenschaft nicht habe verzichten, sondern nur erklären wollen, daß sie solche nicht weiter, als um den Pflichttheil zu erhalten, geltend machen wollte. *Sirey* 1842. I. p. 162.

Verbotene Substitution. — Genehmigung derselben. Art. 1338.

Namar, dessen gesetzliche Erben seine drei Geschwister Amant, Johann und Rosalie waren, hinterließ ein Testament, worin er neben einigen Legaten die drei Geschwister zu Erben einsetzte, den Amant jedoch mit der Bedingung, daß, wenn er ohne Kinder sterbe, sein Drittheil den Kindern der Rosalie zufallen soll.

Der Nachlaß wurde durch Bevollmächtigte getheilt, die Legate bezahlt, und den Erben von dem — im Testament ernannten — Testamentsvollzieher die Rechnung zugestellt.

Als später Amant ohne Nachkommen starb, und nun die Kinder der Rosalie dessen Erbantheil an sich ziehen wollten, hatte Amant bereits über sein ganzes Vermögen zu Gunsten eines Dritten verfügt, der ihnen entgegenhielt, die Verfügung im Testament des Namar zu ihren Gunsten enthalte eine verbotene Substitution; wogegen sie replizirten, Amant habe das Testament des Namar ohne Rückhalt vollzogen, und somit könne sein Erbe die Substitution nicht mehr anfechten. Allein die Substitution wurde für nichtig erkannt: eine verbotene Substitution könne zwar, obwohl das Verbot auf Gründen der öffentlichen Ordnung beruhe, durch Vollzug geheilt werden, indem kein Gesetz dem Betheiligten untersage, auf die Anfechtung, soweit sie ihr privatrechtliches Interesse berührt, Verzicht zu leisten: allein ein stillschweigender Verzicht setze Handlungen voraus, welche die unzweifelhafte Absicht darlegten, den nichtigen Akt ungeachtet seiner Nichtigkeit zu genehmigen (1338), und solche Handlungen lägen nicht vor. Amant sei nämlich zugleich auch gesetzlicher Erbe des Namar gewesen, und die Theilung so wie die Ausfolgung der Legate hätte hiernach gerade ebenso geschehen müssen, wie auf den Grund des Testaments, so daß man aus der Theilung überhaupt nicht auf die Genehmigung des Testaments schließen könne. Jedenfalls aber enthalte die Annahme des Testaments hinsichtlich der Erbtheile noch keine Genehmigung der Substitutionsklausel, zumal die substituirten Kinder der Rosalie, denen gegenüber die Genehmigung hätte geschehen müssen, an der Theilung gar nicht Theil genommen hätten (und, kann man beifügen, von Erfüllung einer Substitution, bevor diese selbst eröffnet ist, keine Rede sein kann). *Sirey* 1842. I. p. 526.

Eine gültige Veräusserung der Ehesteuer zur Befreiung des Mannes erfordert wirkliche Verwendung hierzu. Art. 1558.

Als Massiv in's Schuldgefängniß kam, erwirkte seine Frau vom Gericht gemäß S. 1558 die Ermächtigung, zu seiner Befreiung eines ihrer Dotalgüter, die nach dem Ehevertrag sonst nur gegen Wiederanlegung veräußert werden durften, zu verkaufen. Massiv wurde zwar durch Uebereinkunft mit seinem Gläubiger bald wieder frei; allein gleichwohl wurde die Versteigerung auf den Grund der ertheilten gerichtlichen Ermächtigung vollzogen, wobei sich die Frau verbindlich erklärte, eine weitere Ermächtigung zur Erhebung des Kaufpreises zu erwirken, die ihr aber vom Gericht nicht ertheilt wurde. Bald darauf starb Massiv und nun focht die Frau den Verkauf ihres Dotalguts als nichtig an. Er wurde auch für nichtig erkannt: Massiv sei nämlich vor der Versteigerung bereits wieder frei gewesen, und es sei nicht hergestellt, daß die Freilassung etwa durch eine vor der Versteigerung geschehene Anweisung des Gläubigers auf den künftigen Erlös bewirkt worden sei, vielmehr habe die Frau noch nachher um Ermächtigung zum eigenen Empfang des Preises nachgesucht, und nicht erhalten. Da also die Veräußerung wirklich nicht zur Befreiung des Mannes geschehen sei, wie die gerichtliche Ermächtigung unterstellt habe, so habe sie lediglich nur nach den Bestimmungen des Ehevertrags, also nur gegen Wiederanlegung geschehen können; zu diesem Zweck sei sie aber weder vorgenommen worden, noch habe der Mann für die Wiederanlegung gesorgt; die Frau sei aber nicht schuldig, dieß für den Mann zu thun und somit berechtigt, die Aufhebung des Verkaufs zu fordern. *Sirey* 1842. I. p. 542.

F. P. Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 2. Karlsruhe den 11. März 1843.

Drohender Verhaft des Mannes genügt nicht zur Ehesteuerveräußerung. Art. 1558.

Der Mann war verurtheilt, bei persönlichem Verhaft einen Wechsel zu zahlen. Es kam jedoch nicht zum Vollzug, denn die mit ihm in Dotalehe lebende Frau erwirkte gerichtliche Ermächtigung, zur Auslösung des Wechsels ein Darleihen von 4000 Fr. aufzunehmen und den Darleiher zu seiner Sicherheit in ihr gesetzliches Pfandrecht zu subrogiren. Kaum war dies geschehen, so fiel der Mann in Gant, und wie jetzt der Darleiher das gesetzliche Pfandrecht, in das er subrogirt war, geltend machen wollte, focht die Frau die Subrogation als nichtig an, weil solche als eine Veräußerung der Ehesteuer anzusehen sei, eine solche Ehesteuerveräußerung aber nur zur Befreiung des Mannes aus der Haft, nicht aber zur bloßen Abwendung eines drohenden Verhafts gültig geschehen könne. — In beiden Instanzen wurde diese Einwendung der Frau verworfen, weil die Frau durch gerichtliches Urtheil die Ermächtigung zur Anleihe und Subrogirung gehabt habe und ganz nach Verfügung dieses Urtheils verfahren worden sei.

Allein die Entscheidung wurde kassirt: Nach Satz 1554 sei das Ehesteuervermögen und was dazu gehöre unveräußerlich und von dieser unbedingten Regel gebe es nur die in den Sätzen 1556, 1557, 1558 ausdrücklich festgesetzten Ausnahmen; liege eine solche nicht vor, so könne nach S. 1560 die Frau die Veräußerung aufheben lassen. Der S. 1558 lasse aber eine Ausnahme nur zu, pour *tirer* le mari ou la femme de prison, und diese Ausnahme könne nicht ausgedehnt werden auf den Fall, wo nur die Besorgniß obwalte, die Freiheit des Mannes wegen Handelsschulden kompromittirt zu sehen, eine Besorgniß, die mehr oder minder gegründet sei, vielleicht niemals in Erfüllung gehen könne, daher nicht hinreiche, dem strengen Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Ehesteuer Eintrag zu thun. Das Urtheil, welches im vorliegenden Fall die Frau zur Subrogirung ermächtigt habe, heile die Nichtigkeit dieser Veräußerung nicht, weil das Gesetz nicht allein fordere, daß die Veräußerung gerichtlich autorisirt, sondern daß sie in einem von ihm gestatteten Ausnahmsfall autorisirt sei. Der Darleiher möge sich daher selbst die Schuld beimessen, daß er im Vertrauen auf eine Subrogation, die das Gesetz nicht erlaube, seine Gelder hingeliehen habe.

Hiernach würde selbst die gerichtliche Ermächtigung den Dritten, der mit der Frau kontrahirt, nicht decken, und diese Strenge muß dahin führen, daß der Frau ihre Intervention für den Mann fast unmöglich wird. Indessen hat der Cassationshof auch schon anders entschieden. Sirey 1840 I. p. 699. 1842 I. p. 544.

Verhältniß gegenseitiger Testamente. Art. 968, 1097, 1130.

Der Mann verfügte in einem Testament, sein Nachlaß solle seiner Frau zufallen, jedoch unter der Bedingung, daß dereinst der ganze Nachlaß der Frau (also einschließlich des ehemännlichen) unter seinen und der Frau Erben hälftig getheilt werde.

An demselben Tage machte auch die Frau ein Testament mit denselben Bestimmungen. Der Mann starb zuerst und die Frau nahm dessen Nachlaß in Besitz. Als auch sie starb, forderte der Erbe des Manns die Hälfte ihres ganzen Nachlasses gemäß des Testaments oder wenigstens alles vom Mann herrührende Vermögen, sofern es die Hälfte des ganzen Nachlasses der Frau nicht übersteige. Letzteres wurde ihm auch zuerkannt,

Digitized by Google

indem der Gerichtshof davon ausging: Die beiden Testamente beruhten auf vollkommener Gegenseitigkeit, so daß der eine Theil nicht testirt haben würde, hätte es der andere nicht auf gleiche Weise gethan, und seien gleichsam ein Akt.

Beide müßten daher mit einander stehen und fallen. In beiden Fällen sei aber der Anspruch des Erben des Mannes gegründet, da er bei Aufrechthaltung vermöge des Testaments des Mannes die Hälfte des beiderseitigen Nachlasses und bei der Vernichtung dessen ganzen Nachlaß als Intestaterbe zu fordern habe. — Allein das Urtheil wurde kassirt:

Nach S. 968 könnten zwei Personen nicht in derselben Urkunde testiren; es könnten aber zwei abgesonderte Testamente, wenn gleich eines wegen des andern verfaßt, nicht als ein einziger Akt betrachtet, sondern es müsse jedes für sich allein beurtheilt werden. Nur wenn sie als Vertrag bestehen könnten, würden sie als ein Akt erscheinen: Allein widerrufliche Willensmeinungen seien an sich kein Vertrag, und wollte man sie, sofern sie sich auf einander beziehen, als Vertrag aufrecht erhalten, so würde dies dazu führen, die Verbote des Satzes 968 und 1097 zu umgehen, welche gegenseitige Vermächtnisse gerade deßhalb untersagten, weil das eine Vermächtniß als Bedingung des andern zu betrachten wäre, und im Fall des Widerrufs oder der Nichtigerklärung des einen sich Streit darüber ergeben würde, ob das andere aufrecht zu erhalten sei.

Müsse man also die Akte als gesonderte Testamente betrachten, so verfüge der S. 1039, daß jede letztwillige Verfügung (also auch eine von zwei gegenseitigen) verfalle, wenn der, zu dessen Vortheil sie geschah, den Testator nicht überlebe. Der Mann habe die Frau nicht überlebt, daher sei das Testament der Frau verfallen, und es handle sich nur noch um jenes des Mannes. Dieses bestehe, soweit darin der Frau das Vermögen des Mannes vermacht sei, und nur die Bedingung, wonach der Nachlaß der Frau den beiderseitigen Erben zufallen soll, gelte nach S. 900 als nicht geschrieben. Denn der Mann habe nach S. 1021, 1130 nicht über den Nachlaß seiner Frau, nicht über eine künftige Erbschaft verfügen dürfen. Daraus folge, daß nach des Mannes Tod dessen Nachlaß der Frau unbedingt zugefallen und Theil ihres Vermögens geworden sei, auf welches der Erbe des Mannes keinen Anspruch habe. Sirey 1842 I. p. 555.

Eigenhändiges Testament auf getrennten Blättern. Art. 970.

Nach Meunier's Tod legte dessen Wittwe und Schwiegersohn ein öffentliches Testament vom März 1838 vor, wornach ihnen sein ganzes Vermögen vermacht war: allein ein Vetter produzirte ein späteres eigenhändiges Testament vom Juli 1838, wornach er zum Universalerben eingesetzt und eine Frau Ivernat mit einer Leibrente bedacht war. Dieses Testament war jedoch auf die Vorderseite zweier getrennter Blätter geschrieben, und zwar in der Art, daß das eine Blatt die Verfügungen nebst Datum, das zweite aber die Worte enthielt: „Dies sind meine letzten Willensmeinungen, welche, wie ich hoffe, werden beachtet werden: ich vernichte jedes Testament, was ich vor diesem gemacht haben mag. Neris 29. Juli 1838. Meunier.“ Beide Blätter trugen Spuren starker Zerknitterung. — Die Wittwe und ihr Miterbe wendeten ein, diese einzelnen zerknitterten Blätter seien nur als Entwurf anzusehen, und könnten jedenfalls darum als Testament nicht gelten, weil das die Verfügungen enthaltende Blatt nicht unterzeichnet sei, und weil das zweite mit dem ersten keinen nothwendigen Zusammenhang habe, indem ein drittes vorhanden gewesen sein könne, welches vielleicht die Verfügungen des ersten wesentlich modificirt habe. — Allein das Testament wurde aufrecht erhalten und die Cassation verworfen.

Zu einem eigenhändigen Testament fordere das Gesetz mehr nicht, als daß es von der Hand des Testators geschrieben, datirt und unterschrieben sei, und diese Formen habe das Testament. Eine solche bestimmte Willenserklärung dürfe aber der Richter nur dann als einen bloßen Entwurf ansehen, wenn die wichtigsten Gründe dafür sprächen, und dies sei hier nicht der Fall. Der bedeutendste Umstand, nämlich die Zerknitterung, welche übrigens die Schrift nicht versehrt habe, erkläre sich natürlich daraus, daß der Testator auf seiner Reise nach Neris (Testamentsort) von seiner Frau begleitet gewesen und ihm daran gelegen sei, es vor dieser — als im früheren Testament eingesetzt — zu verheimlichen; die sonstige ungewöhnliche Form des Testaments lasse eben so wenig auf einen Entwurf schließen, wenn man

Digitized by Google

bedenke, daß der ernannte Erbe im Besitz desselben gewesen sei, was nicht wohl anders als durch den Testator habe geschehen können, und wodurch der Testator seinen Willen, daß es als Testament gelten soll, genügend an den Tag gelegt habe. Die Trennung in Blätter betreffend, so liege darin keine Nichtigkeit aus dem Gesetz, weil das Gesetz diese Form nicht verbiete, und namentlich nicht vorschreibe, daß jedes einzelne Blatt unterzeichnet sei. Indessen könne der Richter wohl nach besondern innern und äußern Umständen annehmen, die Blätter bildeten kein Ganzes, es sei ein Blatt hinzu- oder hinweggethan, und es liege kein sicherer Willensausdruck vor: Allein solche Umstände seien hier nicht vorhanden, vielmehr ließe die Gleichheit des Papiers, die Aehnlichkeit der Tinte und der Schriftzüge, der Zusammenhang der Verfügungen und ihre Uebereinstimmung mit jenen des früheren Testaments, (indem nur andere Namen von Erben als in dem früheren angegeben seien) und der Umstand, daß im Anfang jedes Blatts das gleiche Datum Neris 29. Juli 1838 angeführt sei, nicht zweifeln, daß beide Blätter ein Ganzes bilden sollten. Sirey 1842 I. p. 578.

Der Art. 694 bezieht sich auch auf unständige offene Dienstbarkeiten.

Der Eigenthümer einer Waldung sprach eine Weggerechtigkeit an über das angrenzende Feldstück, welches früher mit der Waldung einem Eigenthümer gehört hatte, indem er behauptete, äußere Zeichen deuteten an, daß früher diese Dienstbarkeit zu Gunsten des Waldes bestanden habe, und bei der Veräußerung sei durch den früheren gemeinsamen Eigenthümer beider Güter wegen der Dienstbarkeit nichts verabredet worden, weßhalb dieselbe nach S. 694 fortbestehe. Es ergab sich, daß schon auf einem Plan von 1762 der fragliche Weg bezeichnet war; die geschwornen Feldkundigen erklärten, daß der Weg zum Gebrauch des Waldes diente, das sonst allenthalben mit einem Haag umgebene Feldstück war am Ausgange des Wegs nur mit einigen dürren Reisern besteckt, und es waren Fahrspuren sichtbar, wornach der Weg zwar nicht fortwährend, doch so oft, als es das Bedürfniß des Waldes erforderte, benutzt worden war. Dies sah man als hinreichende offene Zeichen an, die Hauptfrage aber war, ob der S. 694 überhaupt auch auf unständige Dienstbarkeiten Anwendung finde. Dies bejahte der Cassationshof, gegen die Meinung der Gerichte: Der Art. 694 beziehe sich nicht auf die vorhergehenden nur von ständigen Dienstbarkeiten handelnden Artikel (690—693), sondern befasse sich lediglich mit dem darin ausgedrückten besondern Fall, wenn nämlich der Eigenthümer zweier Grundstücke, auf welchen sich ein offenes Merkmal einer Dienstbarkeit befinde, das eine veräußere, ohne im Vertrag der Dienstbarkeit zu erwähnen, gleichviel welcher Art die Dienstbarkeit sei.

Der Ausdruck „dauert fort" zeige keineswegs an, daß schon vor der Vereinigung in der Hand des früheren Herrn die Dienstbarkeit bestanden haben müsse gemäß dem Grundsatze res sua nemini servit; denn wäre die Dienstbarkeit auch schon vor der Vereinigung entstanden gewesen, so wäre sie doch nach Art. 705 durch die Vereinigung erloschen, und könnte also eben so wenig fortdauern, als eine später entstandene. Der Art. 694 sage daher nur, der zur Besitzzeit des gemeinsamen Eigenthümers durch äußere Zeichen bestandene und bei der Veräußerung nicht geänderte Zustand zwischen beiden Grundstücken soll fortdauern, und mehr als dieses äußere Zeichen fordere der Satz zum Fortbestand nicht. Sirey 1842 I. p. 610.

Die Frau darf den Nichtvollzug des Absonderungsurtheils nicht zur Täuschung Dritter benützen. Art. 1444.

Der mit der Frau in Errungenschaftsgemeinschaft stehende Mann kam in Gant; die Frau erwirkte Vermögensabsonderung, welche gesetzlich verkündet wurde, sie verlangte innerhalb 14 Tagen nach dem Urtheil gegen ihn und den Gantmassevertreter Zahlung ihres Einbringens, ließ aber die weitere Verfolgung beruhen, da der Massevertreter ihr eine Bilanz vorlegte, wornach der Mann nichts mehr hatte. Später nahm sie in der Eigenschaft einer Abgesonderten und ermächtigt vom Mann ein Darlehen von 1200 Fr. auf, und verpfändete dafür ihre Güter, klagte dann nach einigen Jahren abermals auf Vermögensabsonderung und erhielt sie auch, da man die frühere als unwirksam erachtete.

Als nun der Darleiher die 1200 Fr. zurückforderte, wendete sie ein, der Darlehensvertrag sei nichtig, weil sie sich damals als abgesonderte Ehefrau nicht habe verpflichten können, indem das erste Absonderungsurtheil

Digitized by Google

wegen unterbliebenem Vollzug zufolge S. 1444 als nicht ergangen zu betrachten sei. So wurde auch in beiden Instanzen erkannt, allein die Entscheidung wurde kassirt: die Hauptabsicht des Art. 1444 sei, zu verhüten, daß Dritte nicht durch fingirte und nicht in wirklichen Vollzug kommende Vermögensabsonderungen getäuscht werden und dürfe daher nicht dazu dienen, Betrügereien der Frau gegen Dritte, mit denen sie kontrahire, zu begünstigen. Ueberdieß sei der Mann schon vor dem ersten Absonderungsurtheil durch Ganterkenntniß seiner Vermögensverwaltung verlustig gewesen, so daß die Frau den Vollzug der Absonderung nicht gegen ihn habe betreiben können, und sie habe gethan was an ihr gewesen, indem sie das Absonderungsurtheil zugleich gegen den Gantmassevertreter erwirkt, und sich im Uebrigen dem Schicksal der andern Gantgläubiger unterworfen habe. Sirey 1842 I. p. 627.

F. P. Schmidt.

Wenn der Wechselinhaber nach der Absage wegen Nichtannahme gegen den Wechselübergeber ein rechtskräftiges Urtheil auf Erlegung des Wechselbetrags erwirkt hat, ist er von der Absage wegen Nichtzahlung befreit. Art. 120. 161. 163. 175. Cod. d. com.

Sirey 1842. I. 630.

Der Inhaber eines gezogenen Wechsels erhob die Absage wegen Nichtannahme, setzte seinen Wechselübergeber, unter der Aufforderung, hiervon in Kenntniß, für die Zahlung des Wechsels Bürgschaft zu leisten, und belangte denselben, als er diesem Begehren nicht entsprach, auf Erlegung des Wechselbetrags. Der Wechselübergeber wurde am 1. November, auf Ausbleiben, zur Zahlung verurtheilt, und der Wechsel, welcher Ende December verfiel, wurde weder vom Wertherstatter bezahlt, noch wurde die Absage wegen Nichtzahlung erhoben. Als der Wechselinhaber den Vollzug des Urtheils vom 1. Nov. betrieb, erhob der Wechselübergeber Opposition dagegen, weil der Wechselinhaber dadurch, daß er den Wechsel zur Verfallzeit nicht habe wegen Nichtzahlung absagen lassen, jeden Rückgriff auf die Wechselübergeber verloren habe. Das Handelsgericht der Seine hielt die Opposition für begründet; der Appellationshof von Paris dagegen für unbegründet, und der Cassationshof verwarf die gegen das Urtheil des Letztern eingelegte Cassation:

weil die rechtskräftig gewordene Entscheidung vom 1. November vollstreckt werden müsse; dadurch aber alle weiteren Schritte von Seiten des Wechselinhabers keinen Zweck mehr gehabt hätten, und also unnütz geworden seien.

Anmerkung. Der Wechselübergeber schuldete hier nicht sowohl mehr kraft des Wechsels als kraft des Urtheils, welches eine Rechtswandlung bewirkt hatte.

Die Frist des Art. 2109 C. c. lauft vom Tag des Steigerungszuschlags, auch wenn minderjährige Theilhaber vorhanden sind, und nicht vom Tag der gerichtlichen Bestätigung.

Sirey 1842. I. 631.

weil das Gesetz zwischen volljährigen und minderjährigen Theilhabern nicht unterscheidet.

Anmerkung. Im entgegengesetzten Sinne entschied der Cassationshof am 17. Febr. 1820 Sirey 1837 II. 277 not. Boileux Poncelet ad art. 2109 i. f.

Die Ehefrau hat nur das Vorzugsrecht des Art. 2109 Cod. civ. und kein gesetzliches Unterpfandsrecht für ihren Antheil an der Gemeinschaft (Art. 2121. 2135. 1476)

Sirey 1842. I. 631.

weil die Rechte einer in der Gemeinschaft lebenden Frau, im Fall der Theilung des Gemeinschaftsvermögens, durch die Art. 1467 und 1476 besonders geordnet sind und diese die Frau hinsichtlich ihres Antheils an der Gemeinschaft den Theilhabern und Miterben gleich stellen.

Der Appellationshof von Paris hatte für diese, vom Cassationshofe gebilligte, Ansicht noch den weiteren Grund angeführt, daß der Art. 2135 den Ehefrauen nur für die Ehesteuer und für das, was ihnen nach dem Ehevertrage gebühre, ein gesetzliches Unterpfandsrecht gewähre.

v. Engelberg.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 3. Karlsruhe den 8. April 1843.

Auflage des Notheides an einen Ehemann im Rechtsstreite der Frau, zu dem sie von Ersterem ermächtigt worden war. Art. 1366. C. c. — Zulässigkeit des Notheides über eine für sich allein keinen Beweis liefernde Thatsache. Art. 1331. C. c.

Sirey 1842. I. 635.

Der Klage des Vermiethers gegen den Miether auf Zahlung des Miethpreises wurde die Einrede der Zahlung an einen Gewalthaber des Ersteren entgegen gehalten. Der Kläger forderte die Erben desselben zur Gewähr auf, unter denen sich Frau Sapey befand. Diese übernahm hierauf, unter Ermächtigung ihres Mannes, den Rechtsstreit für den Beklagten, und machte die Einrede der Rückzahlung durch ihren Erblasser an den Kläger geltend, welche sie durch verschiedene Urkunden und einzelne begleitende Umstände zu erweisen suchte. Unter anderen Beweismitteln berief sie sich darauf, daß sich bei der Vernichtung der von ihrem Rechtsvorfahrer hinterlassenen Papiere eine Note desselben vorgefunden hätte, worin er die Uebermachung des von ihm erhobenen Miethpreises an den Kläger beurkundet habe. Das Gericht legte dem Manne der Frau Sapey den Erfüllungseid darüber auf, daß sich eine solche Urkunde damals vorgefunden habe, und wies sodann den Kläger ab. Hiergegen ergriff dieser das Rechtsmittel der Cassation, und zwar

1) weil dem Herrn Sapey ein Erfüllungseid auferlegt worden sei, obgleich er gar nicht Parthie im Rechtsstreite sei, sondern nur seine Frau darin zum Processe ermächtigt habe; und
2) weil das Gericht eine vom Erblasser herrührende und unter seinen Papieren gefundene Urkunde als eine Rechtsurkunde für die Erben angesehen habe.

Der Cassationshof verwarf die eingelegte Cassation

ad 1. theils weil Herr Sapey bei der fraglichen Vernichtung der Papiere des Rechtsvorfahrers seiner Frau zugegen gewesen sey, und somit die zum Eide ausgesetzte Thatsache selbst habe wahrnehmen können; theils weil Herr Sapey als Ehemann der Erbin sowohl ein Interesse als ein Recht gehabt habe, die Wahrheit jener Thatsache darzuthun;

ad 2. weil die fragliche Urkunde nicht als eine Rechtsurkunde, sondern nur als eine Ergänzung der im Laufe des Rechtsstreits bereits erstellten Vermuthungen und Urkunden angesehen worden sei.

Anmerkung. Anders entschied der Gerichtshof zu Angers in einem Fall, wo der Haupteid dem Manne zugeschoben worden war. Sirey 1825. II. 159. conf. Zachariä §. 768. not. 6.

Wenn auf den Antrag eines Gläubigers eine Handlung des Schuldners, als zum Abbruch des Ersteren geschehen, für nichtig erklärt wird, kommt dieses Erkenntniß auch den andern Gläubigern zu Statten, selbst wenn ihre Rechte nach der nichtig erklärten Handlung entstanden sind. Art. 1167. C. c. cf. Zachariä §. 313. not. 4. Boileux. Poncelet ad 1167. — Kann der Eigenthümer einer Liegenschaft die Nutznießung davon verpfänden? Art. 578. 2118. C. c. cf. Zachariä §. 258. not. 4. — Muß der Gläubiger, dem die Nutznießung an einer Liegenschaft verpfändet wurde, im Fall später das bloße Eigenthum und die Nutznießung zusammen und um eine Summe verkauft werden, auf einen Theil dieses Kaufpreises, als Werth der Nutznießung, verwiesen werden, oder erstreckt sich sein Recht nur auf die bis zum Tode des Nutznießers aus der ganzen Kaufsumme erzielten Zinsen? Art. 2166. 2192. — Behält der Gläubiger, dem der Nutznießer und der bloße Eigenthümer einer Liegenschaft zusammen, und ohne zwischen der Nutznießung und dem bloßen Eigenthum zu unterscheiden, ein Pfandrecht bewilligt haben, wenn in der Folge der Rechtstitel des bloßen Eigenthümers wegen dolus in der Weise für nichtig erklärt wird:

Digitized by Google

als habe der Nutznießer nie aufgehört, voller Eigenthümer der verpfändeten Liegenschaft zu sein; ein Pfandrecht auf die Nutznießung und auf das Eigenthum? Art. 2118. 2124. conf. Zachariä §. 258. not. 4.

Sirey 1836. I. 366. und 1842. I. 647.

Frau von Polard schenkte ihrem Manne im Ehevertrag, unter Vorbehalt der lebenslänglichen Nutznießung, das Eigenthum von einem Hause. Nach Eingehung der Ehe machten Herr und Frau von Polard zusammen und sammtverbindlich ein Anlehen bei der Frau von Pontécoulant, und setzten zu dessen Sicherheit jenes Haus zum Unterpfand ein, wobei sie — jedoch nach der Pfandeinsetzung — in der darüber aufgenommenen Urkunde bemerkten, daß ihnen beiden das Haus und zwar in der im Ehevertrag näher angeführten Weise zugehöre. Später verkauften die Polardschen Eheleute das fragliche Haus an einen Dritten um den Preis von 75,000 Franks, ohne dabei zwischen der Nutznießung und dem bloßen Eigenthume zu unterscheiden. Bei der über die Vertheilung dieses Kaufpreises eröffneten Rangordnung begehrte Frau von Pontécoulant resp. deren Rechtsnehmerin Frau Courtois auf den Kaufpreis angewiesen zu werden. Die Lemaitre'schen Erben, welche vor Eingehung der Polardschen Ehe Gläubiger der Frau von Polard geworden waren, deren erloschenes Pfandrecht aber erst nach der von der Frau von Pontécoulant genommenen Inscription wieder erneuert worden war, bestritten den Anspruch der Frau Courtois, indem sie behaupteten, daß die Schenkung der Frau von Polard an ihren Mann zum Abbruch ihrer Rechte geschehen und daher nichtig sei, und daß somit auch das von Herrn von Polard bewilligte Pfandrecht wirkungslos sei. Sie erhoben eine förmliche Klage auf Nichtig-Erklärung jener Schenkung und es wurde darauf erkannt: daß Herr von Polard das fragliche Haus frei von allen durch ihn darauf gelegten Schulden und Kosten an die Hinterlassenschaft seiner Frau zurückzugeben habe, damit die Gläubiger dieser Letzteren ihre Rechte darauf ausüben könnten. Das Rangordnungsverfahren wurde hierauf wieder aufgenommen, und es wurden dabei die Gläubiger in zwei Ordnungen getheilt, nämlich in solche: deren Pfandrecht sich nur auf die von der Frau vorbehaltene Nutznießung erstrecke; und in solche: denen das Haus schlechthin verpfändet sei. In erstere Ordnung wurde Frau Courtois gesetzt, und folgeweise nur auf die zu Lebzeiten der Frau von Polard verfallenen Zinse des Kaufschillings verwiesen; in die zweite Ordnung wurden die Lemaitre'schen Erben gesetzt, und auf den Kaufschilling, so wie auf die seit dem Tod der Frau von Polard verfallenen Zinse angewiesen. Diese Rangordnung wurde auf die dagegen erhobene Einsprache vom Gerichte bestätigt:

weil es der Grundlage der Lehre vom Pfandrecht, dem Grundsatze der Specialität, widerstreite, wenn man ein Unterpfandsrecht auf das Eigenthum ausdehne, das nur auf die Nutznießung bewilligt worden sei, und zur Zeit der Bewilligung (von der Frau) nur auf diese habe bewilligt werden können.

Der Appellationshof von Paris setzte auf die dagegen eingewandte Berufung die Summe von 20,000 Franks als den Betrag fest, der in dem Kaufpreise den Werth der verpfändeten Nutznießung darstelle, und verfügte, daß Frau Courtois auf diese Summe und auf die daraus verfallenen Zinsen verwiesen werden soll. Er nahm an:

daß die Frau von Polard so anzusehen sei, als wäre sie stets Eigenthümerin des Hauses geblieben; daß sie die sich vorbehaltene Nutznießung gültig habe verpfänden können, und daß man hier, wo die Nutznießung und das bloße Eigenthum unabgesondert verkauft worden seien, nach dem Alter der Nutznießerin u. s. w. den Betrag ermitteln müsse, welcher unter dem Kaufpreise den Werth der Nutznießung darstelle, da ja der Pfandgläubiger auch auf den Kaufpreis der Nutznießung verwiesen worden wäre, wenn dieses gesondert veräußert worden wäre.

Beide Theile ergriffen dagegen das Rechtsmittel der Cassation. Frau Courtois hob insbesondere hervor, daß das Haus von beiden Ehegatten und unbeschränkt verpfändet worden sei und darum die nachfolgende Anführung der besonderen Rechte der Polardschen Ehegatten an fraglichem Hause nichts habe ändern können; und daß die Nutznießung an einer eigenen Sache nicht verpfändet werden könne, weil es überhaupt kein Nutznießungsrecht an eigener Sache gebe (578. 617). Die Lemaitre'schen Erben machten dagegen geltend: daß der erste Einwand die Auslegung der Pfandverschreibung betreffe, und diese der Beurtheilung des Cassationshofes nicht unterliege, daß die Rechtsregel res sua nemini servit mit dem Recht der Veräußerung und Verpfändung in keiner Beziehung stehe, und daß die Nichtig-Erklärung der Schen-

Digitized by Google

kung der Frau von Polard nur von ihnen geltend gemacht werden könne, weil sie durch jene Schenkung verletzt worden seien, und weil sie dieselbe angefochten hätten.

Der Cassationshof hob das Urtheil des Appellationshofes auf:

weil die Polardschen Eheleute das ganze Haus und ohne Sonderung der Nutznießung und des bloßen Eigenthums verpfändet hätten, Frau von Polard durch die Nichtig-Erklärung ihrer Schenkung immer Eigenthümerin des Hauses geblieben sei und daher dasselbe auch gültig habe verpfänden können; und weil bei der nunmehrigen Vereinigung des bloßen Eigenthums und der Nutznießung, als Folge jener Nichtig-Erklärung, in einer Person, von einer Unterscheidung zwischen diesen beiden Rechten keine Rede mehr sein könne.

Der Appellationshof von Rouen, an den die Sache hierauf verwiesen wurde, erkannte: daß Frau Courtois nach dem Datum ihrer Inscription collorirt werden soll. Er nahm an:

daß Herr von Polard das Eigenthum und Frau von Polard die Nutznießung verpfändet habe;

daß der Grund dieses Gedings weggefallen sei, und man jetzt nicht mehr zwischen Nutznießung und bloßem Eigenthum unterscheiden könne;

daß übrigens Frau Courtois durch die Pfandverschreibung eine unbeschränkte Sicherheit erhalten habe; und

daß diese um so weniger beeinträchtigt werden könne, als die Schenkung nur hinsichtlich des Herrn v. Polard nichtig erklärt worden sei.

Die Lemaitre'schen Erben legten hiergegen Cassation ein, weil der Art. 578 zwischen Eigenthum und Nutznießung unterscheide, letztere sogar nach Art. 2118 verpfändet werden könne, und es den Grundsätzen über Sperialität der Unterpfänder widerstreite, wenn eine vom Nutznießer und Eigenthümer bewilligte Hypotheke ihre Wirksamkeit beibehalte, ungeachtet der Titel des Eigenthümers für nichtig erklärt worden sei. Der Cassationshof verwarf das Rechtsmittel: weil der Appellationshof angenommen habe, daß die Pfandverschreibung der Polardschen Eheleute der Frau von Pontécoulant ein unbeschränktes Pfandrecht verliehen habe, und unter dieser Voraussetzung, deren Prüfung dem Cassationshofe nicht zustehe, das Urtheil kein Gesetz verletze.

Veräußerung ehesteuerlicher Grundstücke. Art. 1557. 1560. Cod. civ.

Sirey 1841. II. 71. 1842. I. 649.

Wenn der Ehemann nach dem Inhalt des Ehevertrags die ehesteuerlichen Liegenschaften nur unter der Bedingung verkaufen darf, daß der Erlös wieder in Liegenschaften anzulegen sei, ist der Käufer für den Vollzug dieses Gedings verantwortlich. (1557.) Merlin Quest. de droit. v. Remploi. §. 8. Duranton LXV. No. 485. Tessier de la Dot I. No. 600. Benoit ibid. II. No. 112. Bellot de minieres Contrat. de mariage Tom. IV. p. 119. Sirey 1840 2. 145. Zachariä §. 537. not. 32.

Diese Bedingung muß vor Auflösung der Ehe erfüllt werden, und es kann sich der Käufer nach Auflösung der Ehe der Revokationsklage weder dadurch entziehen, daß er der Frau oder deren Erben den Kaufpreis baar, noch dadurch, daß er ihnen die Anlage desselben in Liegenschaften anbietet; weil durch das erstere Anbieten die Bedingung des Ehevertrags nicht erfüllt wird; und das letztere von der Frau nicht mehr angenommen werden kann, ihre Erben aber sofort ein unwiderrufliches Recht zur Revokation erlangt haben. Sirey 1840. II. 145. u. 389. 1835. II. 196. 1841. II. 56. Zachariä §. 537. not. 33. Wenigstens verletzt ein Urtheil, welches die Bedingung des Ehevertrages in solcher Weise auslegt, und zur Anwendung bringt, das Gesetz nicht.

Selbst dann, wenn die Ehegatten zusammen, sammtverbindlich und mit der Zusicherung der Gewähr der ehesteuerlichen Güter verkauft haben, kann der Käufer von der Frau, die auf Nichtig-Erkennung dieses Kaufs klagt, keine Sicherheitsleistung nicht einmal durch ihre Paraphernalgüter begehren, da die Frau kraft der Nichtigkeit des Verkaufs ehesteuerlicher Liegenschaften zu einer solchen Sicherheitsleistung nicht verbunden ist, und sonst indirekt ein solch verbotener Kauf Wirksamkeit erhielte. (1560. 1626). Cf. dagegen Sirey 1828. II. 315, wo die Frau wegen ihrer Gewährzusage zum Ersatz des in Empfang genommenen Kaufpreises, so wie zur Entschädigung aus den Paraphernalgütern angehalten wurde. Conf. Zachariä §. 538. not. 4.

Wenn der Käufer die Gefahr der Entwährung kannte, ist er zur Zurückgabe der Früchte verpflichtet, im Fall

Digitized by Google

die Entwährung vor der Zahlung des Kaufpreiſes ſtatt hatte: es ſteht ihm nicht einmal der Rückgriff wegen Gewähr an den Ehemann zu, der ihm die eheſteuerlichen Liegenſchaften veräußerte.

Der Käufer hat kein Retentionsrecht wegen der von ihm behaupteten Verbeſſerungen, weil ihm weder der Art. 1560 noch ein anderes Geſetz ein ſolches einräumt.

Der Richter kann in Handelsſachen den Beweis der betrügeriſchen Ausfüllung des freien Raums über einer Unterſchrift in bloßen Vermuthungen finden; auch zur Ergänzung eines ſolchen Beweiſes auf den Erfüllungseid erkennen.

Sirey 1842. I. 665.

Coulogne verkaufte Leinwand an Menage und erhielt von dieſem als Zahlung einen eigenen Wechſel. Zur Verfallzeit war Aigoin im Beſitz dieſes Wechſels, und behauptete, kraft eines Indoſſements des Coulogne, Inhaber deſſelben zu ſein. Er erhob die Abſage bei Menage, und nahm ſodann ſeinen Rückgriff auf Coulogne, der ihm auch den Wechſelbetrag mit Zinſen und Koſten erſetzte. Bald darauf erhob Coulogne eine Anklage (plainte) wegen Mißbrauchs eines Blanquets (Art. 405. 407. Cod. pen.) gegen Aigoin, worin er behauptete: er habe, in Folge einer Uebereinkunft zwiſchen ihm, Aigoin, und Menage, der bei ſeiner Zahlungsunfähigkeit keinen Credit gefunden habe, wenn ſich Aigoin nicht perſönlich für die Zahlung ſeiner Wechſel verbürgt hätte, dem Aigoin den eigenen Wechſel des Menage nicht dnrch Indoſſement übertragen, ſondern dieſen Wechſel nur als Empfangsbeſcheinigung mit ſeiner Unterſchrift verſehen. Aigoin wurde vom Zuchtpolizeigericht freigeſprochen und Coulogne erhob nun eine Civilklage gegen denſelben, die er auf die in der Anklage vorgetragenen Thatſachen ſtützte, und worin er die Reſtitution des von ihm bezahlten Wechſelbetrags u. ſ. w. forderte, weil Aigoin den freien Raum über Coulogne's Unterſchrift betrügeriſcherweiſe mit einem Indoſſement ausgefüllt habe, um ſich dadurch als dritter Inhaber eines Wechſels darzuſtellen, den er doch nur als Mitſchuldner des Ausſtellers bezahlt habe. Aigoin ſetzte dieſer Klage als Proceß hindernde Einrede (fin de non recevoir) entgegen: daß Coulogne die Exiſtenz des Indoſſements dadurch anerkannt habe, daß er den Wechſel ohne Vorbehalt erſtattet habe.

Das Gericht verwarf die Einrede und legte dem Kläger den Erfüllungseid auf. Es begründete ſein Erkenntniß damit:

daß die Zahlungsunfähigkeit des Menage notoriſch geweſen ſei; Coulogne ihm ſeine Leinwand nur gegen baare Zahlung habe übergeben, daher, bei der Annahme der Zahlung durch Aigoin, offenbar einer Entſchädigungsklage nicht habe ausgeſetzt bleiben wollen, und deßhalb nur zum Zwecke der Empfangsbeſcheinigung habe unterzeichnen können;

daß aus den Verhandlungen im zuchtpolizeilichen Verfahren erhelle, daß ſich Menage wegen Bezahlung der von ihm zur Zahlung verſchiedener Leinwand-Einkäufe ausgeſtellten Wechſel mit Aigoin ins Benehmen geſetzt, und als er aus deſſen Wohnung getreten ſei, verſichert habe: ſeine Wechſel würden auf Vorweiſen bezahlt werden;

daß die Vermögensverhältniſſe Coulogne's nicht vermuthen laſſen, er würde ſich einige Tage zu früh zur Zahlung gemeldet haben, wenn ſich Aigoin ihm nicht lediglich als Zahler an der Stelle Menage's dargeſtellt hätte;

daß Coulogne im Strafverfahren eidlich erhärtet habe, Aigoin habe ihm, auf Vorweiſen des Menage'ſchen Wechſels, erklärt: Coulogne habe ſich wegen deſſen Bezahlung nur an ihn zu wenden;

daß ſich die Bezahlung der Menage'ſchen Wechſel durch Aigoin aus der Zuſage von Wechſeln auf Paris, deren er damals bedurft habe ꝛc. erklären laſſe;

daß Aigoin ſohin mittelſt Argliſt und Betrugs den Wechſelbetrag erſtattet erhalten habe; und

daß dieſe Erſtattung, bei der unmittelbar ihr nachgefolgten Klage, nicht als eine freiwillige Zahlung angeſehen werden könne, daſſelbe vielmehr nur den Zweck gehabt habe, weiteren Koſten vorzubeugen.

Die gegen dieſes Urtheil eingelegte Caſſation wurde verworfen.

v. Engelberg.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,
enthaltend
Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,
insbeſondere
des Caſſationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 4. Karlsruhe den 1. Juli 1843.

Wenn eheſteuerliche Liegenſchaften nur unter der Bedingung verkauft werden dürften, daß der Kaufpreis in Liegenſchaften angelegt werde; dieſe Bedingung zu Lebzeiten der Frau nicht erfüllt wurde, und dieſe minderjährige Erben hinterläßt, ſo kann der Käufer, der vom Vormund derſelben auf Zahlung des Kaufpreiſes belangt wird, dieſe verweigern, ſelbſt wenn der Vater Vormund iſt (Art. 1557. 464. 601. Cod. civ.)

Sirey 1841. II. 639. 1842. I. 651.

weil der geſetzliche Vormund auf die den minderjährigen Kindern erwachſene Klage auf Revocation des fr. Kaufs, als auf eine dingliche Klage nicht verzichten kann, und der Käufer daher für die Nichterfüllung des fraglichen Gedings verantwortlich bleibt.

Art. 1525 Cod. civ.

Sirey 1842. I. 679.

Wenn in einem Vertrag die Beſtimmung enthalten iſt: daß unter den künftigen Ehgatten eine Gemeinſchaft der Errungenſchaft zu gleichen Antheilen (par moitié) beſtehen ſoll, und daß durch gegenſeitige Schenkung die ganze Errungenſchaft dem Ueberlebenden zugewendet werde, ſo erſcheint dieſes Geding nicht als eine, der Minderung wegen Verletzung des Pflichttheils unterworfene Schenkung, ſondern als eine Beſtimmung im Sinne des Art. 1525 Cod. civ.

Art. 901. Cod. civ.

Sirey 1842. I. 687.

Das Concubinat bildet für ſich allein keinen genügenden Beweis um ein Teſtament wegen Suggeſtion und Captation für nichtig zu erklären.

Verjährung der Wechſel. Art. 189. Cod. d. comm. Wo muß die Abſage geſchehen, wenn der Ausſteller eines eigenen Wechſels ſeinen Wohnſitz verändert und die Behörde hiervon in Kenntniß geſetzt hat, ohne ihr ſeinen neuen Wohnſitz anzuzeigen? Art. 173 ibid.

Sirey 1842. I. 707.

Die Verjährung des Art. 189 Cod. d. comm. lauft vom Tag nach dem Verfalltag des Wechſels, auch wenn keine Abſage erhoben wurde — Sirey 1818. I. 254. Locré espr. du cod. comm. sur l'art. 189. Vincens legisl. comm. T. II. pag. 364. Vazeille de la Prescription. Nro. 631. Persil de la lettre de change pag. 471. Nouguier des lettres de change T. I. pag. 558, — da der Art. 162 Cod. d. comm. dieſen Tag als den Tag des Abſagſcheins, von dem der Art. 189 ſpricht — beſtimmt bezeichnet.

Dieſe Verjährung wird dadurch nicht unterbrochen, daß die verſäumte Abſage vor Ablauf der 5 Jahre, vom Tag nach dem Verfalltag des Wechſels gerechnet, erhoben wird, weil keine Urkunde, wodurch die Weigerung der Zahlung nach dem geſetzlichen Tag des Abſageſcheins feſtgeſtellt werden ſoll, einen Abſageſchein darſtellt, der den terminus a quo für die Verjährung des Art. 189 beſtimmen kann, indem dieſe Verjährung, nach dem Geiſte der Handelsgeſetze, im Intereſſe einer ſchnellen Verbindlichkeitenbindung eingeſetzt wurde, ſie aber, wenn es dem Gutdünken des Gläubigers überlaſſen wäre, den terminus a quo zu beſtimmen, unbeſtimmt verlängert würde. Eine ſolche Urkunde enthält nur eine Aufforderung zur Zahlung, der weder die Charakter eines gerichtlichen Betriebs, noch jener eines Abſageſcheins noch die Erforderniſſe einer Aufforderung im Sinne des Art. 2244 cod. civ. zukommen. Anders hatten in dem vorliegenden Fall

Digitized by Google

das Gericht von Beauvais und der Appellationshof von Amiens erkannt; und ebenso in einem anderen Fall früher der Cassationshof. Sirey 1818. I. 254.

Die Absage kann an dem, in einem eigenen Wechsel angegebenen Wohnsitz wirksam geschehen, wenn auch der Aussteller indessen seinen Wohnsitz verändert, und dieß, jedoch ohne Angabe seines neuen Wohnsitzes, der Behörde des früheren Wohnsitzes angezeigt hat. (173. Cod. d. c.)

Art. 2273. 2274. Cod. civ.

Sirey 1842. I. 712.

In dem Rechtsstreite zwischen einem avoué und seiner Parthie wurden einige Briefe der Letztern, worin sie den avoué aufgefordert hatte, sein decretirtes Kostenverzeichniß ihr zu übersenden, und den Betrag desselben gelegenheitlich einer Reise durch ihren Wohnort in Empfang zu nehmen; als einer verpflichtenden Zusage im Sinne des Art. 2274, die einen besondern, erst in 30 Jahren verjährbaren, Rechtsgrund für den Anspruch des avoué bilden, angesehen.

Die Klage auf Rechnungstellung über die Verwaltung des Vermögens eines verstorbenen Entmündigten muß vor dem Gerichte des Wohnsitzes seines Pflegers angestellt werden, Art. 108. 110. Cod. civ.

Sirey 1842. I. 714.

wenn auch Derjenige, der Rechnung stellen soll, anderswo seinen Wohnsitz hat, weil diese Klage mit der Theilung der Erbschaft in einigem Zusammenhang steht.

Sobald das Erkenntniß, welches eine Entmündigung oder Munditodmachung ausspricht, auf gesetzliche Weise verkündet worden ist, wirkt dasselbe gegen Dritte, und diese können, wenn sie mit dem Entmündigten u. s. w. ein Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, die vorige Nichtbeobachtung anderer Förmlichkeiten des Entmündigungsverfahrens zur Aufrechthaltung ihres Vertrags nicht für sich geltend machen.

Sirey 1842. I. 719.

weil diese Feierlichkeiten nur zum Vortheil der zu Entmündigenden vorgeschrieben sind.

Art. 1331. Cod. civ.

Sirey 1842. I. 714.

Die Erben des Herrn von Bragemont klagten gegen den Grafen von Hautefort auf Bezahlung des Ertrags einer ihrem Rechtsvorfahrer schuldigen Rente. Der Beklagte schützte die Einrede der dreißigjährigen Verjitzung vor, die er damit begründete: daß die letzte Zahlung im Jahr 1802 geschehen sei. Die Kläger behaupteten hiergegen, daß die Rente bis zum Jahr 1816 bezahlt worden sei, und beriefen sich zum Beweise dessen auf eine von ihrem Rechtsvorfahren herrührende, und unter seinen Papieren gefundene Aufzeichnung, worin er den Empfang der Zahlung ausdrückt. Dieser Beweis wurde auf den Grund des Art. 1331 verworfen.

Art. 105. 106. Cod. de comm.

Sirey 1842. I. 723.

Durch die Annahme der überbrachten Güter erlöscht die Klage des Art. 103. C. d. comm. gegen den Fuhrmann nicht, im Fall die Fracht nicht bezahlt wurde, weil das Gesetz, Art. 105, diese Klage nur dann für erloschen erklärt, wenn die Güter angenommen wurden und die Fracht bezahlt wurde. Die durch den Art. 106 angeordnete Untersuchung und Bescheinigung des Zustands der überbrachten Güter durch Sachverständige ist nicht bei Strafe des Verlustes vorgeschrieben. Das Gesetz schließt nicht jeden andern Beweis aus, und erklärt auch die Klage nicht für erloschen, wenn die Schätzung nicht innerhalb einer bestimmten Frist vorgenommen wurde, weil diese Schätzung des Schadens, sobald der Zustand constatirt ist, lediglich zur Bestimmung der Größe der Entschädigung nothwendig ist. Es kann daher der Zustand der überbrachten Güter auch in anderer Weise als durch Experten, z. B. durch ein Protokoll des Friedensrichters, constatirt werden, und das Gericht eine Expertise zur Festsetzung des Schadenbetrags anordnen.

Art. 42. Cod. de comm.

Sirey 1842. I. 728.

Ein Vertrag, der den Namen eines Gesellschaftsvertrags einer vertrauten Gesellschaft führt, und hinsichtlich dessen die Förmlichkeiten des Art. 42 C. d. comm. beobachtet worden sind, berechtigt selbst Dritte nicht, die darin benannte Gesellschaft als Handelsgesellschaft anzusehen, und folgeweise sie zahlungsunvermögend erklären zu lassen, wenn es dem Vertrage an den wesentlichen Erfordernissen eines Gesellschaftsvertrags gebricht, z. B. wenn darnach ein Gesellschafter den ganzen Gewinn erhalten

Digitized by Google

und den ganzen Verluſt leiden ſoll; oder wenn die Auflöſung der Geſellſchaft dem Willen eines einzelnen Geſellſchafters anheim gegeben iſt; oder wenn die Einwürfe der einzelnen Geſellſchafter kein Geſellſchaftsvermögen bilden; wie z. B. wenn nur ein Darlehensvertrag auf Actien in Form eines Geſellſchaftsvertrags abgeſchloſſen wird.

Art. 671. C. c.

Sirey 1842. I. 733.

Die geſetzliche Dienſtbarkeit des Art. 671. C. c. kann in 30 Jahren verſeſſen werden, weil der Nachbar, zu deſſen Gunſten dieſe Beſchränkung des Eigenthums beſteht, immer in der Lage war, die Entfernung der Bäume, die ſich durch äußere Merkmale zeigten, zu begehren. Zach. §. 241. not. 3.

Wirkſamkeit der von einer in bewidmeter Ehe lebenden Frau, mit Ermächtigung ihres Mannes, eingegangenen Verbindlichkeiten.

Sirey 1842. I. 737.

Solche Verbindlichkeiten ſind nicht abſolut nichtig. Sie können nur nicht auf das eheſteuerliche Vermögen der Frau vollzogen werden.

Art. 816.

Sirey 1842. I. 745.

Eine Theilungsurkunde, welche durch von den Intereſſenten gewählte Experten gefertigt worden iſt, kann, obgleich ſie von den Intereſſenten nicht unterzeichnet wurde, dennoch denſelben, im Fall eine neue Theilung nachgeſucht wird, entgegengehalten werden, wenn ſie (ſeit längerer Zeit) vollzogen worden war. Dagegen erkannte der Caſſationshof am 6. Juli 1836, daß eine Theilungsurkunde, welche der Unterſchrift eines Theilhabers entbehre, kein rechtliches Beſtehen haben, und daß dieſe Nichtigkeit ſelbſt durch den Vollzug nicht geheilt werden könne, Sirey 1838. I. 876, und hiermit übereinſtimmend, wurde wiederholt erkannt, daß eine mündlich getroffene Theilung der Klage auf Endtheilung nicht im Wege ſtehe. Sirey 1831. II. 134. 1833. II. 471. 1838. II. 384. Dagegen wurde auch ſchon erkannt, daß beim Mangel eines Theilungsactes der Richter erklären könne, daß eine Theilung Statt gehabt habe, wenn darüber der Anfang eines ſchriftlichen Beweiſes vorhanden ſei. 1836. I. 946. 1839. II. 422. Zachariä §. 623. not. 6.

Wenn eine dem Dotalrechte unterworfene Frau auf betrügliche Weiſe den Kaufpreis der von ihr veräußerten eheſteuerlichen Liegenſchaften ohne die auferlegte Verwendung deſſelben zum Ankauf von Liegenſchaften ſich zu verſchaffen weiß, iſt Derjenige, der ſie hierbei unterſtützte, wenn es auch ohne allen Vortheil für ihn und nur aus Gefälligkeit geſchah, der Frau oder deren Erben für den durch die Nichtanlage des Kaufpreiſes entſtandenen Schaden verantwortlich. (Art. 1382. 1554. 1560. C. c.)

Sirey 1842. I. 753.

Joreſtier und ſeine Frau hatten ſich nach dem Dotalrechte verheirathet, und dabei feſtgeſetzt: daß die Liegenſchaften der Frau unter dem Geding der Wiederanlage des Kaufpreiſes in Liegenſchaften veräußerlich ſein ſollen. Während der Ehe veräußerten ſie eine zum Dotalgute gehörende Liegenſchaft unter dieſer Bedingung, verſchafften ſich jedoch, ohne dieſe Bedingung zu erfüllen, den Kaufpreis auf folgende Weiſe. Joreſtier ſtellte zu Gunſten Bath. Chouſſy's Wechſel bis zum Betrage des Kaufpreiſes aus, wogegen ihm dieſer einen Schein ausſtellte: daß er ſich nur aus Gefälligkeit als Gläubiger des Joreſtier darſtelle. Zur Verfallzeit ließ hierauf Bathol. Chouſſy die Wechſel abſagen, und den Joreſtier auf den Grund eines im Wechſelprozeſſe erlangten Urtheils verhaften. Die Frau des Joreſtier erwirkte nunmehr die Gerichtserlaubniß (§. 1558) zum Bezug des Kaufpreiſes ohne Wiederanlage, um ihren Mann damit aus dem Gefängniſſe zu befreien, worauf der Käufer, der vorher mit ſeiner gegen die Auszahlung des Kaufpreiſes erhobenen Einſprache (tierce opposition) abgewieſen worden war, die Zahlung an Bathol. Chouſſy leiſtete.

Später, nachdem die Frau des Joreſtier bereits ein Vermögensabſonderungsurtheil erwirkt hatte, erkannte ſie mit ihrem Manne in einer beſonderen Urkunde wiederholt an, daß Bathol. Chouſſy nur deßhalb zu der ſimulirten Ausſtellung der Wechſel mitgewirkt habe, damit die Joreſtier'ſchen Eheleute auf dieſe Weiſe den Kaufpreis zur freien Verwendung einziehen könnten; und daß, ungeachtet die Quittung von Bathol. Chouſſy ausgeſtellt ſei, nicht er, ſondern die Joreſtier'ſchen Eheleute den Kaufpreis empfangen hätten. Zugleich entband die Joreſtier'ſche Eheſrau den Bathol. Chouſſy jeder Verbindlichkeit.

Als jedoch die Joreſtier'ſchen Eheleute geſtorben waren, belangten ihre Kinder, nachdem ſie auf die väterliche Erbſchaft verzichtet hatten, als Erben der Mutter, den Bathol. Chouſſy auf Zahlung des Kaufpreiſes: weil er

Digitized by Google

ihrer Mutter Gelegenheit gegeben habe, den Kaufpreis ohne Wiederanlage an sich zu ziehen; das ehesteuerliche Gut in Folge dessen verschwendet worden, und dadurch ihrer Mutter beziehungsweise ihnen ein unersetzlicher Schaden zugegangen sei.

Das Tribunal von Clermont entsprach diesem Antrag; der Appellationshof von Riom dagegen verwarf denselben:

weil der Beklagte (Bathol. Chouffy) keinen Nutzen gezogen habe; weil die Auszahlung des Kaufpreises eine Folge betrügerischer Handlungen gewesen sei, zu denen hauptsächlich die Frau selbst mitgewirkt habe; weil Niemand aus seiner eigenen Schande Vortheil ziehen könne; und weil die Bestimmungen der Art. 1125 und 1560 dem öffentlichen Rechte nicht angehörten, und die deßfallsigen Nichtigkeiten keine absoluten seien.

Auf die hiergegen eingelegte Cassation trug der Kronanwalt Hello auf Verwerfung des Rechtsmittels an:

weil der Art. 1560 nur eine Revocationsklage gegen den Käufer gebe, die hier angestellte Klage sich somit nur auf den Art. 1382 gründe, der derselben keinen Eingang verschaffen könne, da der Beklagte keinen Nutzen gezogen, die Joreftier'sche Ehefrau zu dem Betrug selbst mitgewirkt habe, und es unmoralisch wäre, wenn die Erben nun auch noch eine Entschädigung für den von der Erblasserin selbst bezogenen Kaufpreis erhielten.

Der Cassationshof hob jedoch das Urtheil des Appellationshofs wegen unrichtiger Anwendung des Art. 1382 und Verletzung der Art. 1554 und 1560 auf, indem er von der Ansicht ausging:

daß die gesetzlichen Bestimmungen über das ehesteuerliche Güterrecht die Frauen gerade gegen ihre eigene Schwäche, und gegen den Mißbrauch der ehemännlichen Gewalt sichern sollen; und daß sie im öffentlichen Interesse weder mittelbar noch unmittelbar umgangen werden dürfen; Letzteres aber, bei der Ansicht des Appellationshofs, dadurch leicht bewirkt werden könnte, daß man die Frauen an Simulationen Theil nehmen ließe (25. Juli 1842).

Wenn die Erbschaft, welche einer nach dem Gemeinschaftsrechte verheiratheten Frau anfiel, theils aus liegender, theils aus fahrender Habe bestand, und die Gemeinschaft die darauf haftenden Schulden bezahlt hat, steht dem Manne aus dem Grunde, daß die Gemeinschaft nur den Schuldantheil der fahrenden Habe zu tragen gehabt habe, kein Recht auf Ersatz gegen die Frau zu im Fall er die Fertigung eines Erbverzeichnisses über die fahrende Habe unterließ, oder die Erben den Betrag derselben nicht nachweisen können. (Art. 1414. 1415. C. c.)

Sirey 1842. I. 779.

Die Delée'sche Ehefrau, welche sich nach dem Gemeinschaftsrechte verehelichte, erhielt von ihrem Vater im Ehevertrag 3000 Fr. unter dem Gedinge der Verliegenschaftung. Während der Ehe starb ihr Vater. Seine Verlassenschaft bestand theils aus fahrender, theils aus liegender Habe, und wurde daher theils Gemeinschaftsgut, theils Eigengut der Frau. Nach dem Tode des Mannes forderte Frau Delée von den Erben desselben die Ausantwortung der oben erwähnten, während der Ehe in die Gemeinschaft verwendeten, 3000 Fr. Die Beklagten hielten diesem Anspruch entgegen, daß die fraglichen 3000 Fr. zur Zahlung der Schulden verwendet worden seien, welche auf der Erbschaft des Vaters der Klägerin gehaftet hätten, und welche die Letztern nach dem Art. 1414 C. c. zu tragen gehabt habe. Sie konnten jedoch den Betrag der fahrenden Habe dieser Erbschaft nicht nachweisen, da Delée kein Erbverzeichniß hatte fertigen lassen.

Das Gericht erster Instanz von Lorient erkannte, unter Bezug auf Art. 1409 C. c., den Beklagten für schuldig: der Klägerin die 3000 Fr. — vorbehaltlich des etwaigen Ersatzes wegen des Schuldentheils der liegenden Habe, welche der Klägerin anfiel, im Fall sich der Werth der fahrenden Habe ermitteln lasse — auszuantworten.

Der königliche Gerichtshof von Rennes bestätigte auf die von den Beklagten eingelegte Appellation dieses Urtheil, worauf die Beklagten von dem Rechtsmittel der Cassation wegen Verletzung des Art. 1414 C. c. Gebrauch machten, indem zu dessen Unterstützung sie behaupteten, die Gemeinschaft habe, mehr Schulden bezahlt, als die ganze fahrende Habe der Erbschaft betragen habe. Der Cassationshof verwarf jedoch das eingelegte Rechtsmittel, in Betracht:

daß der Schuldentheil der fahrenden und liegenden Habe nach dem Wortlaut des Art. 1414 C. c., nach dem Erbverzeichniß sich richtet, welches der Mann fertigen zu lassen habe; und daß es Sache des Delée gewesen wäre, nach dem Tode des Vaters seiner Frau ein solches Erbverzeichniß fertigen zu lassen (10. August 1842).

Anm. Sirey wirft diesem Urtheile eine Verletzung des Art. 1415 C. c. vor, da daraus zu folgen schien, der Mann oder seine Erben könnten zum Beweise des Betrags der fahrenden Habe, Mangels der Aufnahme eines Erbverzeichnisses, zugelassen werden. Dieser Vorwurf dürfte aber wenigstens die Urtheile des königlichen Gerichtshofes zu Rennes und des Cassationshofes nicht treffen, da die Klägerin nicht appellirt hatte. Cf. Art. 443. Abs. 3 und Art. 480. 3. 4. C. d. pr.

v. Engelberg.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 5. Karlsruhe den 23. September 1843.

Der Beweis, daß eine schriftlich abgeschlossene Uebereinkunft später Abänderungen erhalten habe, kann nicht durch Zeugen geführt werden, weil dieses Beweismittel gegen den Inhalt oder zur Ergänzung des Inhalts einer Urkunde unzulässig ist (Art. 1341 C. c.).

Sirey 1842. I. 797.

Mayer, der Eigenthümer einer an Dalstein verpachteten Mühle, schloß am 14. Dezember 1838 mit dem Zimmermann Schmitt einen Vertrag ab, wornach dieser die Fertigung verschiedener, in einem Verzeichniß vom 14. August 1838 angegebenen Reparaturen an der Mühle übernahm, und sich verpflichtete, dieselben innerhalb 15 Tagen zu vollenden, widrigenfalls er dem Mayer für den, diesem sonst zugehenden Schaden zu entschädigen habe. Die Arbeiten und folgeweise der Stillstand der Mühle dauerten jedoch statt 15 Tage 67 Tage. Dalstein, dem eine Entschädigung für den Stillstand von 15 Tagen versprochen worden war, verlangte nunmehr eine solche von 67 Tagen. Mayer lud den Schmitt, als seinen Gewährsmann zum Streite bei. Dieser schützte vor: die Arbeiten wären nur deßhalb in der bedungenen Zeit nicht vollendet worden, weil Mayer bei dem Vollzug verschiedene Abänderungen angeordnet habe. Er erbot sich dabei den Beweis dieser Behauptung durch Zeugen zu führen.

Das Gericht von Thionville verwarf jedoch dieses Beweiserbieten, und verurtheilte den Schmitt, dem Mayer die Entschädigung zu vergüten, welche dieser dem Dalstein zu leisten hatte. Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß Schmitt sich verpflichtet hatte, die Reparaturen an der Mühle nach dem urkundlichen Verzeichnisse derselben vom 14. August 1838 vorzunehmen, und daß er sich durch den urkundlich abgeschlossenen Vertrag vom 14. Dezember 1838 verpflichtet hatte, diese Arbeiten innerhalb 15 Tagen bei Vermeidung des Ersatzes des Schadens, den ein längerer Aufschub verursachen würde, zu vollenden;

In E., daß sich Schmitt vergebens zum Zeugenbeweis darüber erbietet, der Vertrag habe verschiedene Abänderungen erhalten, da der Zeugenbeweis gegen den Inhalt einer Urkunde unzulässig ist;

In E., daß er auch vergebens Zeugenbeweis darüber antreten will, daß die in dem Verzeichniß angeführten Arbeiten, in Folge der Anordnungen Mayers, Aenderungen erlitten hätten, da nachgewiesen ist, daß diese Aenderungen unbedeutend waren, und es in der Hauptsache bei dem ursprünglichen Plane blieb; da überdieß Schmitt, als Mann vom Fache, den Mayer auf die Verzögerung hätte aufmerksam machen müssen, welche eine andere Ausführung der Arbeiten zur Folge haben würde, er auch, im Fall der Mühleneigenthümer dennoch darauf bestanden hätte, die Aufhebung des Gedings der Gewährleistung hätte fordern müssen, weil Mayer, bei dem Fortbestehen dieses Gedings, habe annehmen dürfen, der Vertrag umfasse die Arbeit Schmitts noch in ihrer jetzigen Gestaltung, und da endlich die stattgehabten Abänderungen nur eine Folge einer Verbescheidung des Präfekts an der Mosel vom 8 November 1838 gewesen seien, der Unternehmer von Arbeiten an einer Mühle aber wissen müsse, daß solche Werke hinsichtlich ihrer Construction administrativen Anordnungen unterworfen seien, Schmitt auch höchst wahrscheinlich Kenntniß von diesem Bescheide gehabt habe, und jedenfalls die Mittheilung desselben hätte

Digitized by Google

fordern müſſen, da jener Beſcheid nothwendigerweiſe, wenn auch ſtillſchweigend, einen Theil des urſprünglichen Vertrags gebildet habe, weil der Vollzug der Arbeiten des Verzeichniſſes vom 14. Auguſt 1838 dadurch bedingt geweſen ſei. —

Schmitt appellirte hiergegen, und erbot ſich nunmehr auch noch den Beweis der fraglichrn Abänderungen durch Sachverſtändige zu führen. Der königliche Gerichtshof von Metz beſtätigte jedoch das Urtheil unter Annahme der Entſcheidungsgründe der früheren Richter.

Schmitt ergriff hierauf das Rechtsmittel der Caſſation wegen Verletzung des Art. 1341 C. c., weil der Zeugenbeweis als unſtatthaft verworfen worden ſei, obgleich es ſich um den Beweis von Thatſachen handle, die der Vertragsurkunde nachgefolgt ſeien, dieſer daher gar nicht angefochten werde, und die Möglichkeit, daß der Beweis ſolcher ſpäteren Thatſachen einen Einfluß auf die Wirkſamkeit des Vertrags äußere, nur eine indirekte Folge ſei, die dem Rechte der Partei keinen Eintrag thun könne, eine Thatſache, bei welcher die frühere Urkunde nicht in Frage ſtehe, zu beweiſen; und weil der königliche Gerichtshof ſich lediglich auf die Gründe der früheren Richter berufen habe, obgleich in zweiter Inſtanz erſtmals eine Expertiſe beantragt worden ſei.

Der Caſſationshof verwarf das Rechtsmittel: weil nach dem klaren Wortlaut des Art. 1341 der Zeugenbeweis gegen den Inhalt einer Urkunde unzuläſſig, und daher mit Recht der Beweis über Aenderungen und Abweichungen von dem, die Parteien verbindenden, urſprünglichen Vertrage verworfen worden ſei; und weil der Gerichtshof ſeine Verwerfung der Expertiſe durch die Adoption der Entſcheidungsgründe der Erſtinſtanzrichter hinreichend motivirt habe, da der in erſter Inſtanz angetretene Zeugenbeweis, ſo wie der in zweiter Inſtanz angetretene Beweis durch Sachverſtändige denſelben Zweck gehabt hätten.

Eine Verbindlichkeit, welche gegen eine Perſon eingegangen wurde, die zwar in eigenem Namen auftrat, in der That aber als Gewalthaber und im Intereſſe eines Dritten handelte, iſt gültig. — Die Verbindlichkeit muß dieſem Dritten gegenüber ebenſo vollzogen werden, als ſie dem Gewalthaber gegenüber vollzogen worden wäre, wenn dieſer in eigenem Intereſſe gehandelt hätte. (Art. 1119 und 1984 C. c.)

Die Hypotheke, welche ein Dritter in eigenem Namen für eine im Intereſſe eines Andern bedungene Verbindlichkeit genommen hat, iſt für dieſen ebenſo wirkſam, als ſie es für den Dritten geweſen wäre, wenn er in eigenem Intereſſe gehandelt hätte (Art. 2114, 2148 C. c.)

Sirey 1842. 1. 802.

Der Königliche Gerichtshof von Caen hat folgendes Urtheil erlaſſen, aus dem ſich die Thatſachen des Rechtsfalls hinreichend ergeben:

In Erwägung: daß Guillais in einem Notariatsacte vom 21. Juli 1832 anerkannt hat, dem Salles Sohn 10,000 Fr. zahlbar in einem Jahre, ſchuldig zu ſein, und daß er demſelben zur Sicherheit dieſes Capitals eine Hypotheke bewilligte, die am 27. Juli 1832 ordnungsmäßig eingetragen wurde;

In Erwägung: daß Salles Sohn nachgewieſen hat, daß er dem Guillais dieſe 10,000 Fr. dadurch bezahlt hat, daß er ihn einer Schuld in demſelben Betrage entband, welche Salles Vater und Comp. für Waaren zu fordern hatte; daß ſomit Salles Sohn der wirkliche Gläubiger und Hypothekargläubiger Guillais wurde und der Schuldner daraus, daß ſich die Forderung, in Folge beſonderer Uebereinkunft, nunmehr im Eigenthum des Salles Vater und Comp. befindet, keinen Nutzen ziehen kann;

In Erwägung: daß überdieß Salles Vater und Comp., Namens und ſammtverbindlich für Salles Sohn haften, durch einen Notariatsart vom 4. Juli 1833 den Zeitpunkt der Zahlbarkeit der nach dem Act vom 21. Juli 1832 dem Salles Sohn ſchuldigen 10,000 Fr. auf 4 Jahre erſtreckt haben; und daß hierbei dem Salles Sohn eine weitere Hypotheke bewilliget wurde, Letzterer auch am 27. Juli 1833 für die ganze Forderung eine neue Inſcription nahm; — daß aus dieſem Vorgang erhellt, daß entweder Salles Vater und Comp. ihre Forderung an Salles Sohn übertragen haben, der Act vom 21. Juli ſomit, in Folge dieſer Uebertragung, in Ordnung iſt; oder, daß ſie demſelben den Auftrag gaben, wegen dirſer Forderung für ſie mit Guillais zu unterhandeln, in welchem Falle ſie durch einen Gewalthaber das verrichten ließen, wozu ſie ſelbſt das Recht hatten, was ſtatthaft war; und daß es, damit ein Auftrag ſeine gewöhnlichen Wirkungen hervorbringe, nicht nothwendig iſt, daß der Gewalthaber im Namen des Gewaltgebers handle, wie denn auch nach Art. 91 und 92. C. com. die Commiſſionaires, welche wirkliche Gewalthaber ſind, beinahe immer in eigenem

Digitized by Google

Namen handeln, und ebenso jene, welche, bei Zwangsversteigerungen beauftragt werden zu kaufen, solche Käufe in eigenem Namen abschließen, in welchen Fällen dann der Gewalthaber allein als Parthie erscheint und für die eingegangenen Verbindlichkeiten allein verhaftet ist; — daß in dem vorliegenden Falle Guillais, wenn ihn Salles Vater und Comp. auf sofortige Zahlung der 10,000 Fr. belangt hätten, seinen Rückgriff auf Salles Sohn hätte nehmen können, um von diesem die im Act vom 21. Juli bedungene Frist von 1 Jahr zu erhalten, und daß sonach die Acte vom 21. Juli 1832 und 4. Juli 1833 sowie die daraufhin genommenen Pfandeinträge in Ordnung und für Salles Vater und Comp. wirksam sind;

In Erwägung, daß diese Rechtstitel und Inscriptionen der Eröffnung der Guillais'schen Gant drei Jahre vorausgingen und keine Zeichen des Betrugs an sich tragen und endlich, daß Salles Sohn allen Gantgläubigern vorangeht; aus diesen Gründen werden Salles Vater und Comp. als Hypothekargläubiger Guillais nach dem Datum der von Salles Sohn genommenen Hypotheke collocirt.

Gegen dieses Urtheil legte die Guillais'sche Gantmasse die Cassation ein:

1) wegen Verletzung des Art. 1119 C. c und unrichtiger Anwendung des Art. 1984 C. c und der Art. 91 u. 92. C. com., und zwar deßhalb, weil das Urtheil eine Verbindlichkeit zu Gunsten des Salles Vater und Comp. wirksam erklärt hatte, die Salles Sohn in eigenem Namen eingegangen habe, ohne daß er Gläubiger gewesen sei, und ohne daß er als Gewalthaber des Salles Vater und Comp. gehandelt habe;

2) wegen Verletzung der Art. 2148 und 2114 C. c., weil eine von Salles Sohn für sich genommene Hypotheke zu Gunsten des Salles Vater und Comp. für wirksam erklärt worden seie.

Der Cassationshof verwarf das Rechtsmittel: ad 1, weil der königliche Gerichtshof, nachdem er die fraglichen Vorgänge weder für fingirt noch für betrüglich erkannt und erklärt habe, durch die ihm zustehende Anwendung der Thatsachen habe entscheiden können, daß Salles Sohn nur als Gewalthaber des Salles Vater und Comp. erscheine und folgeweise Letztern, kraft der zu Gunsten des Salles Sohn ausgestellten Acte, die wirklichen Gläubiger Guillais seien; ad 2, weil einerseits die Hypotheke, als Nebensache der Forderung, das Loos der letztern theile, und weil anderseits die Gantgläubiger kein Interesse gehabt hätten, den Anspruch des Salles Vater und Comp. zu bestreiten, da im Falle diese unterlegen wären, die Hypotheke ja immer noch für Salles Sohn wirksam gewesen wäre, weil sie formell gültig und zur Sicherung einer anerkannt bestehenden Forderung bestimmt gewesen sei.

Wenn das Eigenthum von Liegenschaften, welche eine abgesonderte Ehefrau als Rückforderungen anspricht, bestritten wird, ist das Gericht der gelegenen Sache und jenes des Wohnsitzes der Ehefrau, nicht aber das Gericht, welches die Vermögensabsonderung ausgesprochen hat, das zuständige, es müßte dann Letzteres das Gericht des Wohnsitzes einer der Parteien sein.

Sirey 1842. I. 804.

Das erstinstanzliche Gericht der Seine erkannte auf den Antrag der Frau Sirey Vermögensabsonderung. Frau Sirey ließ auf den Grund dieses Urtheils die Pachtschillinge mehrerer im Bezirke von Limoges gelegenen Liegenschaften, die sie als Rückforderungen in Anspruch nehmen wollte, mit Beschlag belegen.

Der Sohn der Frau Sirey, welcher das Eigenthum für sich in Anspruch nahm, ließ sie deßhalb vor das erstinstanzliche Gericht von Limoges laden, bei dem er um ein Erkenntniß bat: daß ihr weder auf die Liegenschaften, noch auf deren Pachtschillinge irgend ein Recht zustehe. Dagegen ließ Frau Sirey, nachdem sie die Beschlagnahme hatte erneuern lassen, ihren Sohn vor das Gericht der Seine laden, damit dieses die Beschlagnahme bestätige, und ihr die fraglichen Liegenschaften zuerkenne.

Zugleich wandte sie sich (Art. 363 C. d. pr.) wegen Bestimmung des Gerichts an den Cassationshof, indem sie zur Begründung der Zuständigkeit des Gerichts der Seine geltend zu machen suchte, daß es sich hier blos um den Vollzug des Vermögensabsonderungsurtheils handle, während der Sohn behauptete: das Gericht von Limoges sei als das der gelegenen Sache, und als das des Wohnsitzes seiner Mutter das zuständige.

Der Cassationshof wies die Sache vor das Gericht von Limoges:

weil der Sohn der Frau Sirey seinen Wohnsitz nicht in Paris habe, die strittigen Liegenschaften im Bezirke des Gerichtes von Limoges gelegen seien, der Sohn der Frau Sirey auch die Sache zuerst vor

Digitized by Google

dieſes Gericht gebracht habe, und dieſes noch zudem das Gericht des Wohnſitzes der Frau Sirey ſei. v. Engelberg.

Wenn der unmittelbare Urheber einer Beſitzeshandlung in einer Beſitzſtörungsklage wegen dieſen Beſitzeshandlungen unterlegen iſt, ſo können dieſe Beſitzeshandlungen auch nicht mehr zur Grundlage einer Beſitzesklage für denjenigen dienen, zu deſſen Vortheil ſie urſprünglich vorgenommen wurden.

Sirey 1842. I. 817.

C. proc. Art. 23. (Landrechtsſatz 544 e der Proceßordnung §. 750) Landrechtsſatz 2233.

Bernard und Giraud, Arbeiter und Pächter des Herrn Détillières, machten im Jahr 1832 ein Stück Heideland auf Détillières Anordnung und Rechnung urbar und ſäeten es ein. Die Herren Chamblant aber ſprachen den Beſitz dieſes Stück Heidelandes an, und ſtellten deßhalb gegen Bernard und Giraud eine Beſitzſtörungsklage an, in Folge deren die Beklagten, welche Herrn Détillières zwar als Auktor benannten, ohne daß er jedoch innerhalb der gegebenen Friſt am Streite Theil nahm, verurtheilt wurden.

Alö hierauf die Herren Chamblant auf dem Stück Heideland erndeten, ſtellte gegen ſie Détillières eine Beſitzesklage an, in welcher er ſeinen einjährigen Beſitz gerade auf die in ſeinem Namen vorgenommenen Beſitzeshandlungen der Urbarmachung und Einzäunung gründete. Ihm wurde das Urtheil gegen Bernard und Giraud entgegengehalten.

In erſter Inſtanz verlor, in zweiter Inſtanz gewann er den Proceß, weil die gegen Bernard und Giraud verfügte Ladung und das gegen ſie erlaſſene Urtheil ihn und ſeinen Beſitz nicht berühre, und die Herrn Chamblant, um ſich gegen ihn im Beſitz zu ſichern, ihn ſelbſt hätten belangen können und ſollen.

Allein der Caſſationshof hob dies Urtheil wegen Verletzung des Art. 23. C. proc. 2233 C. civ. auf, indem er annahm, daß ein ruhiger Beſitz durch uns ſelbſt oder durch Andere in unſerem Namen nicht durch Beſitzeshandlungen dieſer Andern begründet werden könnte, welche zu einer gewonnenen Beſitzesſtörungsklage gegen dieſelben Anlaß gaben.

Devilleneuve, einer der Mitarbeiter an der Fortſetzung der Sirey'ſchen Sammlung, bemerkt hiezu unter Berufung auf Merlin, Report. de jurispe. v. Possession §. 4 und Quest. de droit v. Complainte §. 3: man müſſe als allgemeinen Grundſatz aufſtellen, daß, wer im Namen eines Andern den Beſitz ausübt, dieſen Andern rückſichtlich des Beſitzes vollſtändig repräſentire, daher z. B. die Handlungen des Pächters dem Verpächter ſelbſt ohne ſein Wiſſen in Bezug auf Beſitz nach Umſtänden nützen oder ſchaden. Daß insbeſondere Urtheile gegen den Beſitzer in fremdem Namen im Beſitzproceſſe auch gegen den wirklichen Beſitzer, z. B. den Verpächter wirken, werde auch durch Art. 1768 des C. civ. dargethan, aus dem ſich ergebe, daß ſich der Verpächter durch Berufung auf die Nachläſſigkeit des Pächters den Folgen dieſer Nachläſſigkeit Dritten gegenüber nicht entziehen kann, welche durch dieſelbe den Beſitz erworben haben.

Eine andere Anſicht ſtellt Belime, Profeſſor in Dijon, in einer Abhandlung über Beſitzrecht und Beſitzklagen auf, der zwiſchen faktiſchen und rechtlichen Beſitzesſtörungen unterſcheidet, und nur erſteren, weil ſie die Sache ſelbſt und deren Beſitz betreffen, nicht aber auch letzteren, die nur die Perſon angehen, die Wirkung des Verluſtes des Beſitzes für den, in deſſen Namen der Beſitz durch Fremde ausgeübt wird, beilegt.

Da jedoch Belime ſeine Theorie hauptſächlich darauf ſtützt, daß die faktiſche Beſitzſtörung weit minder gefahrvoll für den wirklichen Beſitzer ſei, als die Beſitzangriffe im Wege der Klage, weil der wirkliche Beſitzer die erſtere bei gehöriger Aufſicht über den Gegenſtand ſeines Beſitzes leicht binnen Jahresfriſt erfahren könne, während er bei letzteren ſchutzlos in die Hand deſſen gegeben ſei, der in ſeinem Namen beſitzt, welcher ihn von der angeſtellten Klage zu unterrichten verſäumen könne, ſo bemerkt Devilleneuve mit Recht, daß darin kein rechtlicher Unterſchied liege, und daß eine ſolche Gefahr überall da eintrete, wo ſich Jemand einen Stellvertreter aufſtelle, und daß die Belime'ſche Anſicht die ſicher falſche Conſequenz mit ſich bringe, daß Jemand von Beſitzhandlungen ſeiner Stellvertreter Gewinn gegen einen Dritten ziehen könne, auf deſſen Klage eben dieſe Beſitzhandlungen für rechts- und geſetzwidrig erklärt wurden.

Dieſer Anſicht pflichten auch bei: Carré, Lois de la procédure, ed. Chauveau, t. 1. qu. 109. Garnier, act. poss. p. 90. Favard de Langlade, Répert. v. Complainte S. 1. §. 3 Nr. 6. Carrou, des act. poss. 2e edit. Nr. 793. conf. auch S. 15. 1. 124. Coll. nouv. 4. 1. 615. und S. 29. 1. 110.

A. Lamey.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 6. Karlsruhe den 14. Oktober 1843.

1) Das Eigenthum an einer Straße, welche der Eigenthümer einer Liegenschaft nach eingeholter und erhaltener Ermächtigung auf derselben eröffnet hat, geht auf die Stadt über, ohne daß sie irgend eine Entschädigung für den Grund und Boden zu zahlen hat, sofern nichts Anderes bedungen wurde.

2) Die Veräußerung einer Liegenschaft durch einen Gesellschafter selbst ohne Auftrag seiner Mitgesellschafter kann diesen entgegengehalten werden, wenn sie dieselbe stillschweigend oder durch Handlungen, welche die Kenntniß und Billigung derselben voraussetzen, genehmigt haben (Art. 1338. 1859. C. c.).

Sirey 1842. I. 833.

Monteffuy, Blandin und Boyé standen im Jahr 1789 in einem Gesellschaftsvertrag zum Zweck des Erwerbs und Wiederverkaufs von Gütern, die zwischen den Straßen de l'Arcade und d'Anjou St. Honoré zu Paris lagen.

Im Jahr 1792 erhielt Monteffuy auf sein Ansuchen von dem pariser Gemeinderath die Erlaubniß, Straßen in bestimmter Richtung auf diesen Gütern zu eröffnen, unter der Auflage, daß er für die erste Herstellung des Pflasters und der Beleuchtungsanstalten Sorge trage.

Nach der durch den Tod Blandins und Monteffuys herbeigeführten Gesellschaftsauflösung wurden die Güter derselben nach Loosen vertheilt, ohne daß die Straßenzüge mit zu der Theilung gezogen worden wären.

Später widersprachen die Erben Blandins der Stadt Paris die Pflicht zur Tragung der ersten Einrichtungskosten für die Beleuchtung, und verlangten von ihr tauschweise für die abgetretene Straßenzüge andere Liegenschaften zum Ersatz. Beide Ansprüche wurden aber von dem Präfekturrath der Seine im Jahr 1807 abgewiesen, ohne daß eine Berufung gegen diesen Beschluß eingelegt worden wäre.

Im Jahr 1836 traten endlich die Erben Blandins gegen die Stadt Paris vor Gericht mit einer Klage auf, in welcher sie den Werthersatz ihres zu öffentlichen Straßen verwendeten Eigenthums verlangten, weil:

1) die Stadt Paris durch die bloße Erlaubniß zur Straßeneröffnung nicht Eigenthümerin der Straßen habe werden können, und

2) weil jedenfalls Monteffuy für sich und ohne Auftrag seiner Mitgesellschafter keine gültige Veräußerung des Gesellschaftsguts habe vornehmen können.

Das Erstinstanzgericht sowohl als der Appellationshof in Paris wies jedoch die Kläger ab. Die Urtheile dieser Gerichte beruhten in Bezug auf den ersten Klaggrund darauf, daß in der nachgesuchten Ermächtigung zur Eröffnung der Straßen und in der Erfüllung der Auflagen, unter denen die Ermächtigung ertheilt worden sei, nothwendig ein Aufgeben des Eigenthums an den Straßen zu Gunsten der Stadt Paris liege, nachdem kein Vorbehalt anderer Art von Seiten Monteffuys gemacht, oder etwas Anderes in der ertheilten Ermächtigung anerkannt worden sei, und daß nach dieser Voraussetzung in der Theilung des Gesellschaftsvermögens auch die Straßenzüge von den Loosen der Gesellschafter weggeblieben seien. Wegen des zweiten Klaggrundes wurde in dieser Theilung, in der Herstellung des Pflasters auf gemeinschaftliche Kosten, in dem freiwilligen Vollzug des Administrativbescheides über die Einrichtung der Beleuchtung vom Jahr 1807, so wie darin, daß die Blandin'schen Erben niemals Monteffuy oder dessen Rechtsfolger wegen Ueberschreitung seiner Befugnisse in Anspruch genommen, und eine solche Ueberschreitung selbst nicht in den Verhand-

Digitized by Google

lungen vor dem Präfekturrath der Seine im Jahr 1807 behauptet hätten, eine Genehmigung der durch Monteſſuy geſchehenen Veräußerung gefunden, welche übrigens noch zudem den Nutzen der Geſellſchaft offenbar durch Wertherhöhung ihrer Ländereien befördert habe.

Die eingelegte Caſſation auf den Grund der Art. 711, 1101. 1108 des C. civ., nach welchen das Eigenthum nur durch Erbfolge, Schenkung oder Vertrag übergehen könne, und auf Grund des Art. 1988, ſofern Monteſſuy ohne Auftrag gehandelt, wurde durch den Caſſationshof verworfen, weil

1) der königliche Gerichtshof zu Paris mit Recht aus den vorliegenden Thatſachen das Aufgeben des Eigenthums an den Straßenzügen mit Verzicht auf eine Entſchädigung durch die Stadt Paris gefolgert, und

2) weil rechtlich die ausdrückliche oder ſtillſchweigende Genehmigung einer für einen Dritten vorgenommenen Handlung dem vorherigen Auftrag gleich ſtehe, und aus den vorliegenden Thatſachen die Billigung der Veräußerung der Straßenzüge durch die Kläger folge.

Ein Vertrag, welcher mit Rückſicht auf eine Doppelheirath abgeſchloſſen wurde, und eine allgemeine Gütergemeinſchaft unter den vier künftigen Ehegatten bedingt, bleibt für das ſich verheirathende Brautpaar gültig, wenn gleich der Tod des Einen der Brautleute das Zuſtandekommen der Heirath des zweiten Brautpaars unmöglich macht.

Strey 1842. I. 837.

Eine doppelte Heirath war zwiſchen Claude Martin und Claudine Dumonlin, und ſodann zwiſchen Etienne Martin und Jacqueline Petit vorgeſchlagen.

Ein einziger Ehevertrag vom 13. Auguſt 1791 regelte die Vermögensverhältniſſe dieſer zweifachen Verbindung in der Weiſe, daß ſämmtliche 4 Contrahenten eine allgemeine Geſellſchaft für ihr ſämmtliches gegenwärtiges und künftiges Vermögen eingingen, und daß an dem Geſellſchaftsvermögen Jeder zu gleichem Antheil, nämlich zu ¼ Theil nehmen ſolle.

Der Tod Etienne Martin's verhinderte das Zuſtandekommen ſeiner Verheirathung mit Jacqueline Petit, und nur die Ehe zwiſchen Claude Martin und Claudine Dumoulin konnte ſtattfinden. Ein neuer Ehevertrag wurde nicht abgeſchloſſen.

Im Jahr 1827 ſtarben die Ehegatten, ohne Kinder zu hinterlaſſen. Die Theilung ihres Nachlaſſes gab Anlaß zu einem Rechtsſtreit zwiſchen den Erben des Ehemanns, den Ehegatten Labroſſe und Petit, und den Erben der Ehefrau, den Ehegatten Briday. Letztere behaupteten eine vertragsmäßige allgemeine Gütergemeinſchaft nach dem Vertrag vom 13. Auguſt 1791, und verlangten deren Theilung, erſtere behaupteten die Unverbindlichkeit jenes Vertrags in Folge des Todes von Etienne Martin, und verlangten die Anwendung der Geſetze, unter deren Herrſchaft die Ehe zu Stande kam, nämlich des Dotalrechtes.

In erſter und zweiter Inſtanz ward die Auseinanderſetzung und Theilung der Gemeinſchaft angeordnet.

Der königliche Gerichtshof zu Dijon nahm dabei in ſeinem Urtheile vom 26. März 1841 an, daß aus dem Vertrage vom 13. Auguſt 1791, welcher vor Eingehung der Ehe keine Abänderung erhalten habe, deutlich die Abſicht hervorgehe, daß die künftigen Ehegatten die eheliche Gütergemeinſchaft für jede der beiden im Vorſchlag geweſenen Ehen beabſichtigt hätten, eine Auslegung, welche auch in verſchiedenen Handlungen der Ehegattin Martin, während und nach Auflöſung ihrer Ehe und ſelbſt der Kläger ihrer Beſtätigung finde.

Auf die ergriffene Caſſation wegen Verletzung der l. 65. §. 9. D. pro soc., inſofern das angegriffene Urtheil in dem Vertrag vom 13. Auguſt 1791 eine eheliche Gütergemeinſchaft verabredet fand, während darin eine allgemeine Geſellſchaft unter den vier künftigen Ehegatten beſtimmt ward, welche durch den Tod des einen Geſellſchafters für alle aufgelöst wurde, verwarf der Caſſationshof das eingelegte Rechtsmittel, weil die von dem Appellationshof zu Dijon dem Vertrage vom 13. Auguſt 1791 gegebene Auslegung kein Geſetz verletze, alſo auch der Cenſur des Caſſationshofs nicht unterliege.

---

1) Die Ermächtigung, die einer Ehefrau in zweiter Inſtanz ertheilt wurde, um vor Gericht aufzutreten, hat nur für dieſe zweite Inſtanz Wirkung, und hebt die Nichtigkeit des Verfahrens und des Urtheils erſter Inſtanz nicht auf, vor welcher die Ehefrau unautoriſirt auftrat. C. c. Art. 215.

2) Eine verheirathete Frau kann ohne Ermächtigung ihres Gatten oder des Gerichts, bei Strafe der Nichtigkeit, keine Wohnung, zumal nicht auf mehrere Jahre, miethen. C. c. Art. 217. 1427.

Digitized by Google

(sofern eine solche Miethe nicht in Folge ihrer Haushaltungsführung geschieht, was aus den Umständen zu ermessen ist. Troplong, du Louage, tom. 1. Nr. 149. Landrechtssatz 1420 a).

Sirey 1842. I. 838.

Frau Neuchèze miethete im Jahr 1835 von Fräulein Leroy eine Wohnung in der Straße Richelieu in Paris auf 3, 6 oder 9 Jahre für den jährlichen Miethzins von 3500 Fr. Für den Fall, daß Frau Neuchèze Paris verlasse, wurde ihr erlaubt, von dem Vertrag, jedoch unter Beobachtung einer 3monatlichen Aufkündigungsfrist, abzugehen.

Von dieser Clausel machte sie den 30. März 1836 Gebrauch, und kündete den Vertrag auf den Monat Juli auf. Die Wohnung ward für 3000 Fr. wieder vermiethet.

Die Leroy erfuhr aber bald, daß Frau Neuchèze Paris keineswegs verlassen, sondern sich eine andere Wohnung gemiethet habe. Sie verlangte deßhalb unter Bezug auf den gebrochenen Miethvertrag Entschädigung im Wege gerichtlicher Klage von ihr.

Das Tribunal der Seine erkannte ihr auch am 19. August 1837 eine Entschädigung von 1000 Fr. zu.

Gegen dies Urtheil appellirte die Beklagte, trug nunmehr vor, daß sie, die seither irrig als Wittwe bezeichnet worden sei, die Eigenschaft einer verheiratheten Frau habe, und setzte dem Miethvertrag sowohl die fehlende ehemännliche Ermächtigung zum Abschluß, als dem Urtheile vom 19. August 1837 den Mangel der Ermächtigung vor Gericht aufzutreten, entgegen.

Als die hierauf angeordnete Nachbringung der ehemännlichen Ermächtigung zum Auftreten vor Gericht erfolglos blieb, so ertheilte das Gericht selbst diese Ermächtigung, obgleich Frau Neuchèze deren Mangel zur Begründung der Nichtigkeit des seitherigen Verfahrens geltend machte, und bestätigte schließlich das Urtheil erster Instanz.

Die eingelegte Cassation behauptete:

1) die Verletzung der Art. 215. 225 C. c., weil der königliche Gerichtshof zu Paris ein nichtiges Urtheil bestätigt, und

2) die Verletzung der Art. 217. 1427 C. c., weil die Beklagte Entschädigung aus einem an sich nichtigen Vertrag zahlen solle.

Die Cassation wurde auch auf den Vortrag des Generaladvokaten Hello ausgesprochen, weil:

1) das gerichtliche Verfahren erster Instanz mangels der ehemännlichen Ermächtigung zum gerichtlichen Auftreten der Frau Neuchèze nichtig war, und diese Nichtigkeit durch die in zweiter Instanz von Gerichtswegen ertheilte Autorisation nicht rückwärts habe aufgehoben werden können,

2) weil auch der abgeschlossene Miethvertrag wegen des gleichen Mangels ungültig war, und demnach die Verurtheilung in eine Entschädigung wegen Nichterfüllung dieses Vertrages, welche auf der Gültigkeit desselben beruhe, nicht habe erfolgen können.

In dem in S. 13. 1. 8. Coll. nouv. Vol. 4. 1. 163 mitgetheilten Rechtsfall wurde angenommen, daß der anfängliche Mangel der ehemännlichen Ermächtigung mindestens keine absolute Nichtigkeit nach sich ziehe, sondern geheilt werde, wenn nur diese Ermächtigung noch in erster Instanz nachfolge. Ob eine solche Rückwirkung auch bei Nachholung derselben in zweiter Instanz eintritt, ist dort nicht entschieden.

Anders wurde in einem ähnlichen Fall von dem Oberhofgerichte entschieden. Auch dort ergab sich erst in zweiter Instanz kurz vor dem Schlusse derselben die Eigenschaft der Beklagten als Ehefrau. Auf die deßhalb angeordnete Ergänzung dieses Mangels weigerte sich der Ehemann zur Ertheilung der Autorisation, und legitimirte seine Ehefrau erst auf das Androhen des oberrheinischen Hofgerichts „daß sonst die Appellation nicht berücksichtigt werden würde", zum gerichtlichen Auftreten in zweiter Instanz. Obwohl sofort noch in zweiter und sodann in dritter Instanz das seitherige Verfahren als nichtig angefochten ward, so wurde doch dasselbe in beiden Instanzen aufrecht erhalten.

Das oberrheinische Hofgericht wendete die (offenbar nicht treffende) Analogie des §. 138 der Proceßordnung an. Die Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts lauten:

„Wenn gleich die Beklagte nur zur Proceßführung in zweiter Instanz ausdrücklich ermächtigt war, so ist doch in dieser Ermächtigung eine stillschweigende Genehmigung der in erster Instanz gepflogenen Verhandlungen enthalten. Denn nur unter dieser Voraussetzung (?) läßt sich diese Ermächtigung für die zweite

Digitized by Google

Instanz erklären, indem der Ehemann der Beklagten, wenn es nicht seine Absicht gewesen wäre, hierdurch zugleich den Mangel der in erster Instanz gepflogenen Verhandlungen zu heilen, der letzteren die nachgesuchte Ermächtigung versagt haben würde."

Dieser Fall, den der Cassationshof nach dem Obigen anders entschieden haben würde, ist zugleich ein Beispiel, wie trügend die Annahme stillschweigender Genehmigung sein kann. Denn in der That war die Ermächtigung nur deßhalb blos für die zweite Instanz ertheilt worden, damit daraus *nicht* eine Genehmigung der Verhandlungen in erster Instanz gefolgert, sondern deren Nichtigkeit geltend gemacht werden könne!

Mit dem Tode des Hinterlegers erlischt die Kraft der Anweisung, welche er dem Aufbewahrer gegeben, die hinterlegte Sache einem Dritten abzuliefern. Der Aufbewahrer darf sie von da an nur den Erben des Hinterlegers selbst zurückgeben.

Sirey 1842. I. 850.

C. c. Art. 1937. 1939. Zachariä II. p. 495 Note 11, conf. S. 20. 1. 49 (Collect. nouv. Vol. 6. 1. 135) 26. 2. 297. 28. 2. 37. — 29. 2. 18. —

Die Wittwe Colondre verkaufte im Jahr 1836 Liegenschaften, welche sie von ihrem Ehemanne als Vermächtniß erhalten hatte, und hinterlegte den Kaufpreis von 1500 Fr. bei Notaire Raffin, mit der Auflage, diese Summe nach ihrem Tode den Erben ihres Mannes auszuzahlen.

Als sie gestorben war, forderte ihr Erbe Bérard von Notaire Raffin die Rückgabe der hinterlegten Summe. Dieser wendete ein, daß er das Geld zufolge der Bestimmung der Wittwe Colondre nach ihrem Tode den Erben ihres Ehemannes überliefert habe.

Allein der Gerichtshof von Montpellier verurtheilte Raffin zur Herauszahlung der 1500 Fr. an Bérard, weil der Art. 1939 des C. c. verfüge, daß im Fall des Todes des Deponenten die hinterlegte Sache nur dessen Erben zurückzugeben sei.

Bestimme auch gleich der Art. 1937, daß die Zurückgabe auch an den erfolgen könne, der dem Aufbewahrer zu diesem Zweck angewiesen worden sei, so könne diese Bestimmung doch nur auf den Fall der Zurückgabe *vor* dem Tode des Deponenten bezogen werden, während der Art. 1939 darüber entscheide, an wen die Rückgabe *nach* dem Tode desselben erfolgen müsse. Diese Unterscheidung sei bereits im Staatsrath bei dem Entwurf des C. civ. von den Rednern der Regierung gemacht, und seither von der Wissenschaft und dem Gerichtsgebrauch beibehalten worden.

Raffin ergriff gegen dies Urtheil das Rechtsmittel der Cassation wegen Verletzung des Art. 1937 und falscher Anwendung des Art. 1939, wobei er anführte, daß die Bestimmungen des Art. 1937 allgemein lauteten, und keinen Grund geben, ihre Geltung auf die Dauer des Lebens des Deponenten zu beschränken. Mit ihnen müßte der Art. 1939 in Einklang gebracht, und folglich nur da angewendet werden, wo der Wille des Hinterlegers nichts Anderes angeordnet habe, als das Gesetz.

Der Generaladvokat Hello trug auf Verwerfung des eingelegten Rechtsmittels an. Der Art. 1939 gebiete die Rückgabe an den Erben, und mache keinen Unterschied, ob der Aufbewahrer an einen Dritten angewiesen ist, oder nicht. Eine solche Anweisung sei auch nur eine Art des Auftragvertrages, der mit dem Tode des Auftraggebers erlösche.

Auch der Cassationshof theilte diese Ansicht. In seinen Motiven wird ausgesprochen, daß der Art. 1939 die Restitution an die Erben deßhalb gebiete, weil der Deponent immer Eigenthümer der hinterlegten Sache geblieben sei, und weil sonst die Hinterlegung verbotene Verfügungen verdecken könne. Wollte man übrigens auch in dieser Hinterlegung eine Schenkung unter Lebenden sehen, so wäre sie mangels der Form und mangels der Annahme zu Lebzeiten des Deponenten nichtig, sowie sie als Schenkung auf den Todesfall nichtig sein würde, weil ihr alle Förmlichkeiten einer letzten Willensverfügung abgingen; immerhin hätte also die hinterlegte Sache den Erben des Deponenten zurückgegeben werden müssen.

A. Lamey.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 7. Karlsruhe den 21. Oktober 1843.

Zu den Fällen, in welchen die in bewidmeter Ehe stehende Frau zur Veräußerung des Dotalgutes ermächtigt werden kann, kann ihr das Gericht auch die Ermächtigung zu dessen Verpfändung geben.

Sirey 1842. I. 842.

C. c. 1558. Zachariä III. p. 314. S. 1840. I. 943. 1841. II. 612.

Der königliche Gerichtshof zu Aix hat am 23. Juli 1838 in diesem Sinne erkannt, weil der Art. 1554, welcher die Veräußerung oder Verpfändung verbietet, wo das Gesetz sie nicht ausnahmsweise erlaubt, in unmittelbarer Verbindung mit dem Art. 1558 stehe, weil dies auch die Lehre des ältern Rechts gewesen, dessen Bestimmungen der Code civ. in dieser Materie einfach wiederhole, und weil eine andere Auslegung zu dem widersinnigen Ergebniß führe, daß gegen die dem Gesetz zu Grund liegende Absicht der Erhaltung des Dotalguts gerade das Mittel, welches die Erhaltung möglich macht, nämlich die Verpfändung für ein rückzahlbares Darlehen, ausgeschlossen und blos die gänzliche Veräußerung möglich sein würde, eine Widersinnigkeit, die besonders grell in dem Fall Nr. 4 des Art. 1558 hervortrete, in welchem dann die Mittel zu Hauptausbesserungen des Dotalguts nur durch dessen Verkauf herbeigeschafft werden könnten.

Die Eheleute Eyriès, welche nach ihrem Interesse die Ungültigkeit der Verpfändung behaupteten, hatten sich zur Unterstützung ihrer Behauptungen auf einige Präjudize des Cassationshofes berufen, in denen ausgesprochen worden war, daß, wenn sich Ehegatten im Ehevertrage zwar das Recht der Veräußerung der Dotalliegenschaften, nicht aber auch das der Verpfändung vorbehalten, dieser Vorbehalt streng auszulegen, und eine darauf erfolgte Verpfändung für ungültig zu erklären sei.

Dagegen wurde in den Entscheidungsgründen zu dem angeführten Urtheil hervorgehoben, daß allerdings in der Einwilligung der Frau zur Verpfändung der ehesteuerlichen Liegenschaften für sie eine größere Gefahr liege, als in der Zustimmung zur Veräußerung, weil die erstere den Verlust der ehesteuerlichen Liegenschaft herbeiführen könne, selbst wenn die Frau bei der Verpfändung z. B. für persönliche Schulden ihres Ehemannes gar keinen Vortheil hatte, während die letztere den Werth der Liegenschaften in dem Kaufpreis und dessen Wiederanlage der Frau erhalte, daß aber eine solche Gefahr da nicht eintreten könne, wo die Gerichte selbst nach Erwägung der Umstände die Ermächtigung zur Anleihe und zur Verpfändung des Dotalgutes ertheilen.

Auf ergriffene Cassation wegen Verletzung der Art. 1554. 1558 des C. c. bestätigte der Cassationshof das Urtheil zweiter Instanz im Wesentlichen ganz aus denselben Gründen.

---

1) Der Faustpfandgläubiger kann das Eigenthum der ihm zu Faustpfand gegebenen Liegenschaften nur dann durch Verjährung erwerben, wenn sich der Rechtstitel seines Besitzes verändert hat. Eine solche Veränderung tritt ein, wenn in Folge eines Vergleichs das Faustpfand an einen Dritten gekommen, und dessen Besitz durch Kauf von diesem Dritten wieder an den Faustpfandgläubiger zurückgefallen ist (Art. 2238 C. c.).

2) Die Entschädigungsklage wegen Verlusts des Faustpfandes ist ebenso unverjährbar, wie die Klage auf Rückgabe des Faustpfandes selbst (Art. 2240 C. c.).

Sirey 1842. I. 860.

Jean Bresson, Eigenthümer der Domäne von Royer, gab dieselbe im Jahr 1756 in den Besitz seiner Gläu-

Digitized by Google

biger, Dominique Bresson des ersten und Dominique Bresson des zweiten, als Faustpfand. Später befand sich das Gut im Besitz des Etienne Achard, Legatars des Dominique Bresson des zweiten; im Jahr 13 aber hatte sich Dominique Achard, der seine Rechte von Dominique Bresson dem ersten ableitete, in dessen Besitz gesetzt.

Ein Vergleich v. 18. Germinal 13 regelte die Rechte der minderjährigen Erben des Etienne Achard und derjenigen des Dominique Achard an dem Gute von Noyer dahin, daß ein Theil desselben wieder in den Besitz der Erben des Etienne Achard kam.

Von dem Theil, der im Besitz des Dominique Achard verblieben war, verkaufte er im Jahr 1807 Parzellen an die Wittwe des Etienne Achard, Marie Borel, und deren Schwester Katharina Borel, Parzellen, die nach ihrem Tode an die Erben des Etienne Achard fielen. Einen anderen Theil der Domäne veräußerte Dominique Achard an Dritte.

Im Jahr 1830 griffen die volljährig gewordenen Erben des Etienne Achard den Vergleich v. 13. Germ. 13 mit der Behauptung an, daß die Domäne von Noyer ihnen allein zugehöre, und vindizirten auch die von Dominique Achard an Dritte verkauften Theile derselben. Der königliche Gerichtshof von Grenoble erklärte auch den Vergleich für nichtig, wies aber die Vindikationsklage ab, weil die dritten Erwerber das Eigenthum verjährt hätten.

So waren diese Verhältnisse beschaffen, als der Erbe Jean Bressons, des ehemaligen Eigenthümers der verpfändeten Domäne, Gauthier, gegen die Erben des Etienne Achard auftrat, und gegen das Anerbieten der Bezahlung der Schuld, für welche das Gut im Jahr 1756 verpfändet worden war, die Rückgabe desselben oder falls diese nicht mehr möglich sein sollte, Entschädigung für dessen Werth verlangte.

In erster Instanz wurde durch Urtheil vom 2. April 1838 seinem Begehren gemäß erkannt.

Auf die Appellation der Erben des Etienne Achard sprach der Appellationshof zu Grenoble am 29. Mai 1839 sich dahin aus, daß die Klage auf Rückgabe des Pfandobjekts für denjenigen Theil der im Besitz der Beklagten befindlichen Güter verjährt sei, welchen im Jahr 1807 ihre Mutter und ihre Tante — Marie und Katharina Borel, gekauft und an die Beklagten vererbt habe, und daß die Entschädigungsklage für denjenigen Theil der Güter verjährt sei, welcher an Dritte veräußert, und von diesen seit 30 Jahren besessen worden sei.

Diese Entscheidung ging von folgenden Vordersätzen aus:

1) Weil von den Beklagten für ihren Besitz bis zum Germinal des Jahres 13 kein anderer Titel habe nachgewiesen werden können, als der in dem Pfandvertrag von 1756 gelegene, so müsse auch bis dahin ihr Besitz als ein blos gunstweiser, zur Verjährung ungeeigneter angesehen werden.

2) Der Vergleich v. 18. Germ. 13, an welchen die Beklagten ihren Besitz von da an lehnen wollten, könne aber als Veränderung des Titels nicht dienen, weil durch denselben dem Eigenthümer des Faustpfands in keiner Weise die behauptete Veränderung des Rechtstitels ihres Besitzes habe bekannt werden können, und dieser neue Besitz daher ihm gegenüber zweideutig und heimlich gewesen sei. Art. 2229.

3) Anders sei es mit den von Dominique Achard an Marie und Katharina Borel verkauften Gutstheilen, welche durch Erbgang wieder an die Etienne Achard'schen Erben gekommen. In Bezug auf sie lagen äußere und öffentliche Handlungen vor, welche der Aufmerksamkeit des Eigenthümers nicht entgehen hätten sollen, und ihn über die Veränderung des Besitztitels aufklären mußten. Hier sei daher auch zu Gunsten der Frauen Borel und ihrer Rechtsnehmer, der Beklagten, die Verjährung eingetreten.

4) Insoweit durch den Vergleich v. 18. Germ. 13 ein Theil der Domäne an Dritte verloren gegangen, habe zwar allerdings der Eigenthümer die Entschädigungsklage gehabt; allein seither sei sie wie jede andere persönliche Klage verjährt. Diese Verjährung sei auch durch die Nichtigkeitserklärung jenes Vergleichs vom Jahr 1833 nicht unterbrochen worden, wenn dadurch auch die früheren Besitzrechte der Etienne Achard'schen Erben wiederhergestellt worden seien, weil in jenem Proceß der jetzige Kläger nicht als Partei aufgetreten sei, und in der Nichtigkeitsklage kein ausdrückliches Anerkenntniß der Rechte des Klägers auf Schadloshaltung liege, und weil er es endlich ebenso gut seiner eigenen Nachlässigkeit als derjenigen der Beklagten zuschreiben müsse, daß die ver-

Digitized by Google

pfändeten Gutstheile im Besitze Dritter durch Verjährung verloren gegangen seien.

Gauthier griff gegen die ihm ungünstigen Bestimmungen des Urtheils vom 29. Mai 1839 zur Cassation, und zwar:

1) wegen Verletzung der Art. 1915. 2082. 2087. 2236 und 2240 C. c. in so weit durch das Urtheil die Klage auf Rückgabe der im Besitz der Beklagten befindlichen Gutstheile, welche sie von den Frauen Borel ererbt, abgewiesen worden sei.

2) Wegen Verletzung des Art. 2240 und falscher Anwendung der Gesetze über die Verjährung, so weit die Entschädigungsklage für verjährt erklärt wurde.

Mit Unrecht, so führte der Cassationskläger für den ersten Theil seines Cassationsgesuchs an, nahm der Gerichtshof eine Verjährung in Folge des Vergleichs vom Jahr 13 und des darauf gefolgten Verkaufs einiger Gutstheile an die Frauen Borel an. Einmal nämlich ist jener Vergleich für nichtig erklärt, und daher sind alle folgenden Verträge über die Gutstheile, welche Dominique Achard durch den Vergleich erhielt, für nicht geschehen anzusehen. Sodann heißt es dem Faustpfandgläubiger die Erlaubniß geben, sich selbst den Titel seines Besitzes zu ändern, wenn man den Beklagten erlaubt, den Erwerb durch Verjährung für diese Gutstheile in Anspruch zu nehmen; der Faustpfandgläubiger braucht dann nur die Pfandobjekte einem Dritten zu übertragen, und sie von diesem zurückzukaufen. Ist der Gläubiger schuldig, dem Verpfänder gegen Darlegung der Schuldsumme das Faustpfand zurückzugeben, so genügt es für die Begründung des Rückforderungsrechts, wenn der Verpfänder nachweist, daß er eine Sache als Faustpfand hingegeben, und daß der Gläubiger in deren Besitz ist. So lange dann das Rückforderungsrecht selbst nicht erloschen ist, muß auch die Rückgabe erfolgen. Sobald also der Faustpfandgläubiger wieder in den verlorenen Besitz des Pfandgegenstandes kommt, lebt sein alter Besitztitel wieder auf.

Allein der Cassationshof verwarf diesen Theil des Cassationsgesuches, weil der Art. 2236 die Verjährung durch die Erben des Pfandgläubigers erlaube, wenn der Titel des Besitzes durch Handlungen einer dritten Person eine Veränderung erlitten, ohne daß für diesen Fall von dem Gesetze ein dem Recht des Eigenthümers entgegengesetzter Widerspruch erfordert werde. Dieser Fall sei durch die Veräußerungen an Dominique Achard und die Frauen Borel eingetreten. Daran könne weder das den Vergleich vom Jahr 13 für nichtig erklärende Urtheil noch die Vereinigung der beiden Eigenschaften der Beklagten, der älteren nämlich als Vertreter der ursprünglichen Faustpfandgläubiger, und der jüngeren als Vertreter der dritten Erwerber etwas ändern.

Dagegen ging der Cassationshof auf den zweiten Cassationsgrund ein, und cassirte die deßfallsige Entscheidung des Gerichtshofes von Grenoble. Seine Gründe sind im Wesentlichen ganz dieselben, welche der Cassationskläger bereits hervorgehoben hatte. Sie lauten:

In Erwägung, daß das Recht der Rückforderung eines Faustpfandes unverjährbar ist, daß aber die Klage auf Entschädigung wegen Verlust des Pfandgegenstandes nur eine Folge der Rückforderungsklage, und gar nicht anstellbar ist, so lange die letztere nicht erhoben wurde;

In Erwägung, daß das angefochtene Urtheil, wenn es den Anfangspunkt des Laufes der Verjährung der Entschädigungsklage auf den Zeitpunkt festsetzte, von welchem an die Faustpfandgläubiger selbst die Unmöglichkeit herbeiführten, das Pfandobjekt in Natur zurückzugeben, die Bestimmungen der Art. 2087. 2240 C. c. ausdrücklich verletzt hat.

A. Lamey.

Die Kundschaft eines Apothekers fällt als fahrender Werth in die Gemeinschaft (Art. 1401 C. c.).

Wenn die vom Gerichte ernannten Sachverständigen erklären, daß sie das verlangte Gutachten nicht abgeben können, so kann das Gericht, zumal wenn keine Partei eine neue Expertise begehrt hat, solche von Amtswegen selbst vornehmen (Art. 1350 C. c. 302 C. d. pr.).

Sirey 1842. I. 899.

Nach dem Tode der Frau Bouché, welche mit ihrem Manne, der Apotheker zu Metz war, in einer Gemeinschaftsehe gelebt hatte, verlangte ihr Erbe, daß die der Apotheke ergebene Kundschaft, welche er auf 6000 Fr. schätzte, unter die activa der Gemeinschaft aufgenommen werden soll. Herr Bouché bestritt diese Anforderung, indem er behauptete, daß die Kundschaft seiner Apotheke ihm ebenso eigenthümlich sei, als sein Titel eines Apothekers.

Das Erstinstanzgericht von Metz wies den Kläger ab:

In Betracht, daß die durch die Ausübung eines Gewerbes erlangte Kundschaft eines Geschäfts bald an die Person, bald an das Haus gebunden ist; daß Ersteres der Fall ist,

Digitized by Google

wenn sie ihr Vorhandensein oder ihre Erhaltung hauptsächlich der Person verdankt, und dieser überallhin folgt, wo sich dieselbe festzusetzen gedenkt; Letzteres dagegen, wenn sie mit dem Hause, worin das Gewerb durch wen immer hierzu Geeigneten ausgeübt wird, oder wenn sie mit einem besonderen Etablissement verbunden ist;

In Betracht, daß die Nebensache das Loos der Hauptsache theilt, daß folgeweise die persönliche Kundschaft stets das Eigenthum dessen bleibt, der sie erwarb, und daß deßhalb auch ihre Vortheile zwar während der Ehe in die Gemeinschaft fallen, nach deren Auflösung aber wieder sein ausschließliches Eigenthum werden, da sie einen wesentlichen Theil des Gewerbes bilden, das ihm stets eigen blieb und nicht entrissen werden kann;

In Betracht, daß die mit einer Apotheke verknüpfte Kundschaft veränderlich und nur das Ergebniß des Vertrauens ist, welches die farmazeutischen Kenntnisse, die Redlichkeit und die Genauigkeit dessen, der ein solches Geschäft leitet, bei dem Publikum und insbesondere bei den Aerzten erwecken, daß diese Kundschaft sonach hauptsächlich an die Person gebunden ist, und daß man sie um so weniger als an ein bestimmtes Haus gebunden betrachten kann, da es jedem, wenn er nur die gesetzlichen Erfordernisse hierzu besitzt, freisteht, Apotheken wo er will und ohne Rücksicht auf die Anzahl der bereits schon vorhandenen zu errichten, daß somit der Mann, mag er die fragliche Kundschaft vor oder während der Ehe erwerben, solche für sich erwirbt, und nach Art. 1437 C. c. der Gemeinschaft nur die Summe vergüten muß, welche er zu deren Bezahlung aus ihr gehoben hat.

Auf die hiergegen ergriffene Berufung erkannte der königliche Gerichtshof von Metz unterm 3. Juni 1841 abändernd zu Recht:

daß der Beklagte der Gemeinschaft den Betrag von 6000 Fr. bezahlen müsse, wenn er es nicht vorziehe, den Werth der Kundschaft durch Sachverständige bestimmen zu lassen,

weil nach den Bestimmungen des Ehevertrags der Bouchè'schen Eheleute der Werth der Apotheke in die Gemeinschaft gefallen sei; weil das Capital eines Handelsgeschäfts sowohl aus den Waaren als aus der Kundschaft bestehe, welche beide nothwendig zur Sache gehören; weil die Kundschaft eines Apothekers, Mangels eines deßfallsigen besonderen Vorbehalts, nicht als ihm eigenthümlich angesehen werden könne; und offenbar von der Kundschaft einer Apotheke dasselbe gelte, was in dieser Hinsicht über die Kundschaft der übertragbaren Aemter schon zu Recht erkannt worden sei.

Herr Bouché entschied sich für die Expertise. Allein, die vom Gerichtshofe ernannten Sachverständigen erklärten:

daß sie die fragliche Kundschaft nicht zu schätzen vermöchten, weil die Dienstleistungen eines Apothekers rein persönlich seien, und sich unter allen Verhältnissen, zumal aber wenn der Berechtigte das Geschäft fortan ausüben dürfe und wolle, keine sichere Grundlage zu einer vernünftigen und sicheren Schätzung der Kundschaft einer Apotheke auffinden lasse, die unter die veränderlichsten Dinge gehöre, die von den Fähigkeiten, von der Achtung, von dem Fleiße des Apothekers, und von den mehr oder minder intimen Beziehungen abhänge, in welchen er zu den Aerzten des betreffenden Ortes stehe.

Herr Bouché begehrte nunmehr die gerichtliche Billigung dieses Gutachtens, und erbot sich eventuell seine Kundschaft sammt allen zur Apotheke gehörigen Gegenständen, unter dem einzigen Vorbehalt, sein Gewerbe in Metz, oder wo es ihm beliebe, auch fernerhin betreiben zu dürfen, einer öffentlichen Steigerung auszusetzen.

Der königliche Gerichtshof von Metz verwarf dieses Anbieten durch Urtheil vom 10. August 1841 und bestimmte den Werth der strittigen Kundschaft auf 6000 Fr.:

weil die angeordnete Expertise nur die Gründe des bereits abgeänderten Erstinstanzurtheils wiederholt; Bouché keine neue Expertise beantragt habe; seine Behauptung, daß er der Gemeinschaft für den Werth der Kundschaft nichts schuldig sei, durch das frühere Urtheil bereits zurückgewiesen worden sei; sein Anbieten, die Apotheke einer öffentlichen Versteigerung auszusetzen, aber theils deßhalb, weil jetzt die Sachen nicht durchaus mehr dieselben seien (!) theils deßhalb unstatthaft erscheine, weil die dem Verkaufe beigefügte Bedingung denselben unmöglich machen würde, und man bei dieser Lage der Sache auf die Schätzung zurückkommen müsse, die sich auf sichere und ächte Urkunden stütze, wornach Bouché selbst die Kundschaft seiner Apotheke auf mehr als 6000 Fr. geschätzt habe.

Hiergegen legte der Beklagte Cassation ein:

1) weil das Urtheil, in so weit Bouché verurtheilt worden sei, der Gemeinschaft den Werth der Kundschaft zu ersetzen, die Ausübung seines Gewerbes von einer mit der Gewerbsfreiheit unvereinbaren Bedingung der Vorauszahlung eines bestimmten Betrags abhängig mache, wobei der Beklagte ausführte, daß die in Rechtskraft übergegangene Entscheidung: wornach der Werth der Kundschaft der Gemeinschaft zu gut geschrieben werden soll, ohne der freien Ausübung des Gewerbs des Herrn Bouché Gewalt anzuthun, nur durch die Versteigerung der Apotheke sammt Kundschaft, unter dem Vorbehalt für Bouché sich überall, wo es ihm gefalle, niederzulassen, vollzogen werden könne;

2) weil der Gerichtshof nach dem rechtskräftigen Urtheile vom 3. Juni 1841, sobald Bouché sich einmal für die Werthbestimmung durch Sachverständige erklärt gehabt habe, nur noch durch Sachverständige den Werth habe ermitteln dürfen.

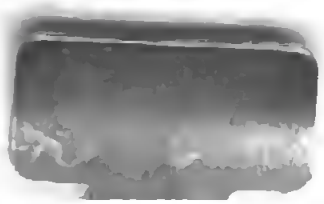
Der Cassationshof verwarf das Rechtsmittel:

ad 1. weil der Gerichtshof nach Erlaß des Urtheils vom 2. Juni 1843, und nachdem sich Bouché für die Expertise erklärt gehabt habe, das Anbieten Bouchés, die Kundschaft in der von ihr beantragten Weise versteigern zu lassen, als versäumt, und mit dem Urtheilsvollzug unvereinbar habe zurückweisen können;

ad 2. weil der Gerichtshof, nachdem sich die Experten darauf beschränkt gehabt hätten, das Urtheil, das sie vollziehen sollten, zu tadeln, und nachdem der Beklagte keine zweite Expertise beantragt gehabt habe, den Werth der Kundschaft selbst habe festsetzen können, indem er sich in der Nothwendigkeit befunden habe, dem rechtskräftigen Urtheil Achtung zu verschaffen.

v. Engelberg.

Digitized by Google


Digitized by Google